

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE GEOGRAFIA E HISTORIA
Departamento de Historia Moderna



**LOS PLEITOS CIVILES EN CASTILLA, 1700-1835 :
ESTUDIO DEL FUNCIONAMIENTO DE LA
ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA CASTELLANA EN EL
MARCO DE LOS PLEITOS PRIVADOS**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR**

María José Gandasegui Aparicio

Madrid, 2003

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE GEOGRAFÍA E HISTORIA
Dpto. de HISTORIA MODERNA**

LOS PLEITOS CIVILES EN CASTILLA. 1700 - 1835 :

**ESTUDIO DEL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA
CASTELLANA EN EL MARCO DE LOS PLEITOS PRIVADOS**

TOMO I

**Introducción.- Los Pleitos Civiles. Ideas y precisiones generales.- La jurisdicción Real
ordinaria castellana a finales del Antiguo Régimen**

TESIS DOCTORAL

**MARIA JOSÉ GANDASEGUI APARICIO
Madrid 1998**

*A María Victoria López Córdón, por su apoyo
y confianza.*

*A mi marido, pues sin su ayuda no habría sido
posible la realización material de este trabajo.*

*A mi familia, a toda, en agradecimiento a su
paciencia*

INDICE TOMO I

Introducción	Pág. 1
---------------------	---------------

PARTE PRIMERA: ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y PROCESO.

Capítulo I.- Los pleitos civiles . Ideas generales.	Pág. 7
1.1.- Proceso y pleito. Concepto y terminología.	Pág. 7
1.2.- Diferencia entre proceso penal y proceso civil.	Pág. 22
1.3.- Naturaleza jurídica y características del proceso.	Pág. 29
1.3.1.- Naturaleza jurídica.	Pág. 29
1.3.2.- Características del proceso civil.	Pág. 34
1.4.- Líneas de evolución y fijación en el proceso civil.	Pág. 64
1.5.- Los elementos personales que intervienen en el proceso	Pág. 104
1.5.1.- Los jueces y la jurisdicción.	Pág. 105
1.5.2.- Las partes procesales.	Pág. 117
1.5.3.- Las personas que colaboran en los pleitos.	Pág. 123
 Capítulo II.- La jurisdicción Real ordinaria castellana a finales del Antiguo Régimen.	 Pág. 130
2.1.- Líneas generales de planteamiento.	Pág. 130
2.1.1.- La justicia como objeto de actividad. Su justificación.	Pág. 133
2.1.2.- Definición de justicia.	Pág. 135
2.1.3.- Rasgos característicos de la Administración de Justicia Castellana.	Pág. 140
2.1.4.- Evolución y formación de los órganos que integraban la Administración de Justicia en Castilla.	Pág. 148
2.2.- Organigrama de la Administración de Justicia en la Castilla del S. XVIII.	Pág. 155
2.2.1.- Los Alcaldes Ordinarios.	Pág. 157
2.2.2.- Los Alcaldes Mayores.	Pág. 161
2.2.3.- Los Corregimientos.	Pág. 163
2.2.4.- La justicia intermedia. Adelantados y Alcaldes de los Adelantamientos.	Pág. 167
2.2.5.- Otros jueces.	Pág. 170
2.2.6.- Los tribunales superiores o de apelación y las Chancillerías y las Audiencias.	Pág. 172
2.2.7.- La justicia suprema. El Real y Supremo Consejo de Castilla.	Pág. 178
2.3.- Los jueces del Antiguo Régimen. Un oficio de poder.	Pág. 227
2.3.1.- Concepto y requisitos para ser juez.	Pág. 237
2.3.2.- Deberes y obligaciones de los jueces en el ejercicio del oficio.	Pág. 252

2.3.3.- El ejercicio del oficio de juez.	Pág. 257
2.4.- La Real Chancillería de Valladolid.	Pág. 260
2.4.1.- Resumen histórico.	Pág. 260
2.4.2.- Composición.	Pág. 265
2.4.3.- Los oficios de justicia que servían en Chancillería.	Pág. 273
2.4.4.- Jurisdicción de la Chancillería de Valladolid.	Pág. 287
2.5.- Los oficios y profesiones de justicia que mayor Influencia tuvieron en los pleitos civiles: Escribanos Letrados y Procuradores.	Pág. 291
2.5.1.- Los escribanos públicos.	Pág. 294
2.5.1.1.- Concepto y evolución legislativa.	Pág. 294
2.5.1.2.- La fe pública.	Pág. 297
2.5.1.3.- Elección, apredizaje y examen de un escribano.	Pág. 301
2.5.1.4.- Obligaciones y prohibiciones de un escribano.	Pág. 305
2.5.1.5.- El ejercicio del oficio.	Pág. 308
2.5.2.- Los letrados.	Pág. 311
2.5.3.- Los procuradores.	Pág. 323

INTRODUCCIÓN

Conocer la Administración de Justicia castellana anterior a las reformas del Estado Liberal, y a los cambios legislativos que supuso en España el movimiento codificador, se ofrece como un reto siempre apasionante. Pues no se trata únicamente de conocer las instituciones castellanas que configuraron la vida judicial durante la época moderna, mediante un análisis de su estructura, su evolución y sus competencias; sino de acercarse al hecho mismo de administrar la justicia. El objeto de este estudio es llegar a conocer cómo funcionaba la administración de justicia castellana, en el último periodo de Antiguo Régimen, desde la óptica de los pleitos privados.

Hacer justicia, para la monarquía absolutista, era el quehacer de gobierno que en mayor medida trascendía del plano institucional al social. Lo que la justicia hacía o decía afectaba a la vida de las personas, a su patrimonio, a las relaciones personales y sociales. Las decisiones que los jueces tomaban en los procesos, incidían en las actividades humanas: desde el castigo por haber cometido un delito, hasta el nombramiento de un tutor, pasando por el amplio mundo de las relaciones económicas, ya fuesen privadas o comerciales. Para conocer cómo el hecho de hacer justicia repercutía en el mundo de lo privado, se ha optado por estudiar los pleitos civiles, por entender que es en esta concreta parcela del mundo procesal en la que se pueden encontrar, de un lado, los intereses y las contiendas personales activados en el proceso, y de otro la respuesta que el poder daba para solucionar los conflictos entre particulares.

Centrado así el objeto del estudio en el conocimiento de los pleitos civiles castellanos, como el vehículo para conocer el funcionamiento de la Administración de Justicia castellana, se deben hacer una serie de delimitaciones. En primer lugar, no se ha pretendido hacer un

estudio en profundidad de las instituciones y órganos de justicia castellanos; el fin del trabajo hacía necesario dejar fuera los análisis de las instituciones como tales. Por otra parte, existen actualmente estudios en profundidad sobre los corregimientos, los jueces y su estatuto, y el Consejo de Castilla y los Fiscales. En cualquier caso, se entiende que difícilmente se puede estudiar y conocer como funcionaban un conjunto de órganos, sin que previamente se conozca la institución en sí. Por ello, se ha entendido necesaria una puesta en contacto con los jueces y tribunales, y con el complicado mundo de profesiones y oficios auxiliares y subalternos, sin intentar por ello hacer un análisis institucional.

En segundo lugar, el estudio se ha centrado en la justicia civil o privada por dos motivos fundamentales. El ámbito de la justicia penal y su proyección, han sido estudiado con más extensión y detenimiento en los últimos años, y por otro lado, la escasez de trabajos para el ámbito privado de la justicia, fue un factor decisivo para centrar el interés en su estudio.

Trataremos pues de adentrarnos en los pleitos y en su mundo complicado, en el que además de manifestarse los sentimientos y las razones humanas, se movían cuestiones que iban más allá de planteamientos y decisiones. En este microcosmos procesal vamos a conocer cuales eran los conflictos y contiendas personales que los particulares presentaban a la justicia, que capacidad de respuesta tenían los tribunales y cuál era su eficacia. Se estudiará el derecho que se aplicaba por parte de los órganos jurisdiccionales y cuales eran los caminos que se utilizaban para llegar a una decisión final. Igualmente se tendrá en cuenta la incidencia de la doctrina jurídica, de la práctica, y de la manera de trabajar los oficiales de justicia y los profesionales del foro. Con estos ingredientes se llegará a entender qué suponía para los particulares el acercamiento a la justicia y que resultados obtenían de ello en la solución de los conflictos.

Metodológicamente, desde el primer momento del trabajo se hizo necesario cerrar unos

límites de espacio y de tiempo. Espacialmente el interés estaba en la administración castellana por ser un medio más próximo y más conocido, pero sobre todo porque suponía la proyección de su sistema al resto de los territorios peninsulares, y el que se tuvo en cuenta en el momento de la Codificación. La limitación cronológica resultó más complicada; en principio el interés se centró en los últimos años del extensísimo periodo de Antiguo Régimen, concretamente en el reinado de los dos últimos Borbores del siglo XVIII. Se definió este periodo por considerar que en él se daban consolidadas las instituciones y su funcionamiento en el momento histórico anterior a las trasformaciones del siglo XIX; además, existen estudios similares para el periodo histórico anterior. Pero la concreción resultó insuficiente, pues la línea divisoria del inicio no quedaba definida, y por otro lado se evidenció una realidad: las trasformaciones decimonónicas en las instituciones de justicia y en su forma de funcionar tuvieron un ritmo temporal lento. No se produjo una ruptura entre un momento histórico y el siguiente, de forma que permanecieron las actitudes en tanto que permanecieron las personas. A esta natural evolución, hay que sumar un dato objetivo fundamental: la monarquía constitucional no legisla para la Administración de Justicia hasta el año 1835, cuando se promulga el **Reglamento provisional para la Administración de Justicia en lo respectivo a la real jurisdicción ordinaria**. Por lo tanto, no se podía cerrar el estudio con la finalización de la centuria, sino que se habría de tener en cuenta la prolongación del sistema en el primer tercio del siglo XIX. En cuanto al momento de inicio, se fijó finalmente con el comienzo del siglo XVIII, por una precisión sistemática, al coincidir con el comienzo del reinado del primer Borbón.

Al no tratarse este trabajo de un análisis de la regulación del proceso exclusivamente, sino de su aplicación en la práctica, se ha trabajado con tres herramientas esenciales:

1º.- La legislación, inexcusable, y por otra parte desmedida para este momento histórico, se

configuró como el punto de partida. Muchas veces burlada y malversada, la ley se aplicaba y era tomada en cuenta, con desviaciones, por jueces, escribanos y abogados. Se ha trabajado con Las Partidas, por ser el cuerpo legislativo que en conjunto contiene una regulación más completa sobre el proceso en general, y al mismo tiempo al que mayor atención dedicaban los juristas del siglo XVIII. Las Recopilaciones, Nueva y Novísima, contiene la legislación real complementaria sobre la justicia y los pleitos, incidiendo en cuestiones más concretas.

2º.- La doctrina de los juristas. En el siglo XVIII era evidente la decadencia de la literatura jurídica clásica castellana. Los autores que escribían sobre el derecho en general y sobre la jurisdicción y su ejercicio en particular, lo hacían desde un enfoque eminentemente práctico. Pero en ellos, la aportación teórica anterior también estaba presente. Formados la mayoría en el derecho común, su obras seguían su métodos y estructuras.

3º.- La práctica y estilo de los tribunales, como un factor de configuración definitivo de la administración castellana. Las prácticas llegaban a tener valor de ley, y de su tremenda importancia para los pleitos deriva que la Codificación asumiese muchas de ellas y las integrase en las leyes de enjuiciamiento, dándoles valor normativo. La variedad y amplitud legislativa del sistema castellano, hizo que la práctica fuese variando sus cauces de actuación, y sus referencias doctrinales.

Estos elementos, unidos al análisis concreto de los pleitos, han servido para llegar al fondo de las contiendas, y conocer cuales eran los intereses privados, y su trasfondo económico y social que se discutían ante los tribunales

En cuanto a la bibliografía y las fuentes utilizadas, hay que decir en primer lugar, que sobre el tema objeto de este trabajo la bibliografía actual es muy escasa. Se ha utilizado la bibliografía referida a las instituciones de la Administración de Justicia, Consejo de Castilla,

Chancillería de Valladolid, corregidores y jueces en general, así como oficios y profesiones jurídicas; admitir como básica la obra de MARIA PAZ ALONSO, “El proceso penal en Castilla.(siglos XIII-XVIII)” por lo que supone en el estudio de los aspectos generales del proceso y de la estructura de la administración de Justicia. La obras de autores jurídicos del siglo XVIII han sido fundamentales para conocer cual era la visión que tenía la doctrina del desarrollo de los pleitos, desde tres puntos de vista. Por un lado hacían un análisis, en categorías de derecho común, de los postulados procesales, aportaban las incidencias de la práctica, y en algunos casos daban sus puntos de vista críticos sobre instituciones y formas de hacer la justicia.

La fuentes documentales han sido de tres tipos. Básicamente se ha trabajado con pleitos procedentes del Archivo Histórico de la Real Chancillería de Valladolid. Aunque fue este un tribunal de apelación, se pueden encontrar pleitos seguidos en primera instancia, como casos de corte, y sobre todo los traslados, y a veces originales, de los pleitos de primera instancia cuya sentencia se impugnaba. Junto a ella, los Archivos Locales, proporcionan una buena fuente de información, aunque no tan completa como la de la Chancillería. Segovia, Burgos y Soria han sido archivos en los que se ha encontrado documentación de asuntos sencillos, pero muy útiles. Finalmente, en el Archivo Histórico Nacional se ha trabajado con pleitos de tenuta y mayorazgo, y sobre todo con papeles varios indicativos de la forma de seguirse los negocios en este tribunal.

Por último, para la elaboración del trabajo se prefirió seguir el esquema procesal clásico en fases y periodos por entenderse que era de mayor utilidad. Ya que la doctrina mayoritariamente hacía sus estudios procesales siguiendo este esquema, se pensó que atenerse a esta estructura supondría mayor claridad en la exposición del desarrollo de los pleitos. Pero antes de entrar en el estudio concreto de las actuaciones, se han perfilado una líneas generales sobre la definción y características desde el punto de vista exclusivamente procesal, y se ha hecho

una puesta en situación a cerca de como estaba estructurada la Real Jurisdicción ordinaria y su esquema orgánico. En el desarrollo del trabajo se ha tenido en cuenta el contenido de los pleitos como la realidad de la aplicación de las normas procesales y de las formulaciones doctrinales. Se entiende que las normas y las opiniones de los autores quedan sin contenido si no se hace una valoración de su aplicación en la práctica. Por lo tanto el trabajo se ha estructurado según las fases de los pleitos , alegaciones, prueba y conclusión y sentencia; todo ello entendido como un camino recorrido por las personas que participan en un pleito para conseguir la decisión última del juez, que es finalmente aquello que se pretende desde el momento en que se inicia una contienda judicial.

PARTE PRIMERA: ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y PROCESO

CAPÍTULO I.- LOS PLEITOS CIVILES IDEAS Y PRECISIONES GENERALES

Cuando las partes que tienen pretensiones contrarias sobre alguna cosa, no se convienen por su voluntad, se acude a los juicios, que para estos casos son utilísimos y aún necesarios; porque de otra suerte se habría de decidir con riñas y a viva fuerza las disensiones de los hombres, y vencería siempre el que las tuviese mayor, aunque le faltare la justicia. Sólo pues nos podemos quejar de que alguna vez se administran mal, como todas las cosas de este mundo, por la corrupción de nuestra naturaleza humana, dimanada del pecado de Adán, pero no de que en sí sean malos.¹

1.1.- Proceso y pleito. Concepto y terminología

Para el pensamiento jurídico y el ordenamiento vigente en el siglo XVIII, el proceso o juicio civil, dentro del ejercicio de la función jurisdiccional de la Monarquía, es el

¹JUAN DE SALA, “introducción al Derecho Real de España”, tomo I, Pág.. 130

instrumento mediante el cual, las instituciones de gobierno y justicia y los oficiales reales que las integraban, hacen efectivo el derecho a la protección judicial por parte del propio Monarca. Entendida esta protección como una satisfacción institucional que tiene su origen en un derecho o situación de poder personal, individual y privado que se supone afectado o vulnerado; tiene así el proceso llamado privado un carácter adjetivo, no sustantivo, al corresponderse con un aspecto del derecho del individuo y con su ejercicio jurisdiccional.²

En la realidad social y jurídica se configura el proceso en un conjunto de actos interdependientes y coordinados de las partes y del órgano jurisdiccional; actos que se realizan dentro de un marco **jurídico**, ya sea legal, jurisprudencial o doctrinal. La juridicidad del proceso, en general, dentro del sistema anterior a la Codificación, no está vinculada en exclusiva a la ley o a lo que hoy se entiende como legalidad; intervienen en su desarrollo y consolidación factores ajenos al propio sistema legal. En primer lugar, hay que advertir que la idea de **jurisprudencia** forjada por los juristas castellanos, y que no se corresponde con el concepto actual de esta ciencia como una doctrina de los tribunales con valor interpretativo, pues en realidad la jurisprudencia del Antiguo Régimen estaba desvinculada de las decisiones de los jueces y tribunales, ya que sus resoluciones fundamentales no se motivaban³. Las sentencias castellanas nunca constituyeron un cuerpo organizado y sistemático de interpretación del Derecho, al no contener los fundamentos jurídicos en los que estaba basada la decisión del juzgador.

² Se está manteniendo la influencia del iusnaturalismo, como una filosofía trascendente, que predomina en el derecho español y que procede del Derecho Romano. LALINDE ABADÍA, "Iniciación histórica al Derecho Español", pág. 756.

³VER INFRA 12.2.6

Era por lo tanto otra jurisprudencia la que determinaba que el proceso se desarrollase en uno u otro sentido; esta jurisprudencia era una "ciencia" jurídica en el sentido de constituir una disciplina formada por el estudio de los teóricos del derecho, estudio que también había ido evolucionando y transformándose desde la recepción del Derecho Común y su estudio en las Universidades, pasando por los estudios de los juristas clásicos castellanos del siglo XVI, hasta derivar hacia actitudes más practicistas que dogmáticas.

Las ideas procesales de estos juristas no dejaron nunca de estar presentes en los más prácticos, y así, en el siglo XVIII las obras consideradas como manuales del proceso y su aplicación, contienen continuas referencias a pensadores anteriores. Y esta gran corriente de pensamiento y doctrina es la que incide en el proceso, tanto privado como público; y tanto por la vía argumental, como por la vía de la influencia en la práctica de los tribunales.

La práctica y estilo de los tribunales castellanos, no se conformó de una manera autónoma respecto del pensamiento jurídico en general; las ideas de los juristas teóricos influían en las personas que administraban justicia, y en su hacer cotidiano las utilizaban y las aplicaban, llegando así a constituir usos forenses que adquirieron un gran peso en el hacer de la administración de justicia en el Antiguo Régimen. La aplicación de las normas de derecho positivo a la práctica procesal se fue haciendo conforme los problemas fueron precisando soluciones concretas, y sus resultados adquirieron fuerza vinculante para las partes y el propio órgano juzgador.

La inmensa fuerza de estas prácticas se aprecia claramente ya que se persiste en ellas como normas de funcionamiento, casi como una garantía de buen hacer procesal, pero

sobre todo su peso viene determinado por lo que supone de **interferencia creadora de usos y prácticas procesales**; y además, está en el hecho ineludible de que el sistema codificador del derecho procesal asumió el estilo de los tribunales y su práctica como norma procesal, al darle entrada y cabida en la Leyes de Enjuiciamiento .

En el momento histórico que supone el final del periodo de Antiguo Régimen, en el que el absolutismo monárquico continúa manteniendo una línea de afianzamiento frente a fuerzas y poderes económicos y sociales, se está haciendo cada vez más evidente la separación entre lo **público** y lo **privado** dentro del mundo del derecho. Las ideas y concepciones del Estado y del Derecho que los juristas teólogos castellanos del siglo XVI habían formulado, y que en el siglo siguiente se habían divulgado, hacían referencia a un derecho que quedaba en el centro de lo que hoy entendemos como "público"; el poder, su justificación, el gobierno de la monarquía, el derecho natural y de gentes, eran conceptos que iban más allá de la teoría y que tenían su reflejo en la realidad política y de gobierno.

Los actos del poder, es decir el gobierno entendido en su valor de Antiguo Régimen, era un reflejo de esas ideas y actitudes. Se gobernaba para los súbditos, pero al mismo tiempo en beneficio de la propia Monarquía, de ahí que las actuaciones concretas de esta forma de ejercer el poder quedasen tan alejadas de las realidades privadas. Estas realidades se ordenaban y dirigían en otro marco jurídico distinto. El ordenamiento jurídico tenía su origen en el **público** poder del monarca, pero estaba dirigido a organizar conductas y situaciones que quedaban en el estricto ámbito de lo privado, tales como las voluntades de las personas para obligarse con otras, establecer relaciones familiares o decidir sobre el destino de su patrimonio; en esta medida, en cuanto que el objeto de las normas son los

derechos subjetivos, se puede hablar de un derecho privado, en contraposición a las meras acciones de gobierno que quedarían encuadradas en el derecho público.⁴

Es la distinción entre *gubernaculum* y *jurisdictio*, entre los actos en los que el Rey ejerce una autoridad autocrática, y aquellos que afectan a derechos de los súbditos que van más allá y que quedan fuera de los límites legítimos y definitorios de la administración del gobierno.⁵ Pues bien, esta situación, en cuanto a lo que afecta al proceso en general, hay que valorarla como el establecimiento de una línea divisoria entre el proceso público, que sería el proceso criminal, y el proceso privado que correspondería al proceso civil; y civil aquí no se debe entender como estrictamente privado, sino en contraposición al ámbito de lo público, como toda aquella actividad jurídica que queda fuera de la actividad de gobierno de la monarquía. A esta división se llegó desde una evolución del proceso. Único en una fase arcaizante, la Altomedieval, estuvo fuertemente condicionado por la introducción del Derecho Canónico y el Derecho Romano, que fue configurando un tipo procesal modélico al que se fueron adaptando ambos sistemas, el penal y el privado, pero que acabó por diferenciarse nítidamente, pues eran distintos tanto el objeto procesal, actitudes delictivas y derechos privados, como los sujetos intervinientes. En el proceso penal el juez, como delegado del poder real, actúa como un elemento procesal activo: inquiere, averigua, juzga; mientras que en el proceso privado o civil, el juez parece un mero espectador elevado a la

⁴ RAMÓN LÁZARO DE DOU Y BASSOLS publica en 1800 su monumental obra "Instituciones del Derecho público general de España[...]". Se puede hablar de este momento como el comienzo de la teorización en nuestro país de la contraposición entre los actos de gobierno, gubernativos, y los actos de la jurisdicción, contenciosos; ambos dentro del ejercicio del poder absoluto del monarca.

⁵ GALLEGU ANABITARTE, "Administración y jueces: gubernativo y contencioso", pág. 20.

categoría de director de escena, sin que su aportación "ex officio" vaya más allá de hacer o denegar aquello que las partes le solicitan, aso sí, siempre dentro de las normas procesales.

Tratamos pues de ocuparnos del proceso "privado", en contraposición al proceso "público" cuyo objeto son los delitos y en el que la actividad del poder está dirigida a controlar y reprimir actitudes sociales amenazantes. En este intento no estamos tratando de aplicar categorías actuales a situaciones del pasado, pues los juristas del siglo XVIII apreciaban esta diferencia entre proceso civil y proceso penal. Para ellos, la diferencia estaba en el **fin**, y no en la **materia** objeto del litigio; el fin del juicio criminal sería la venganza pública, y la imposición al delincuente de una pena según *exige la pública disciplina*; mientras que el juicio civil tiene por finalidad *la utilidad o interés de los particulares*.⁶

Ahora bien, esta terminología que se emplea contraponiendo lo público y lo privado, no quiere decir que el proceso civil de la Edad Moderna no fuese un proceso público en sentido técnico, ya que se desarrollaba y resolvía en el ejercicio y con la garantía de eficacia del poder, y por lo tanto participaba del carácter público inherente a la jurisdicción.

Se trata en este momento de hacer una definición del proceso civil frente a otras formas procesales existentes, *sin mezcla de criminalidad ni ejecutivo*.⁷ Nos encontramos pues frente a la **justicia rogada** que se impulsaba a instancia de las partes, y en la que difícilmente al juez se le reservaban más tareas que la de conceder lo que las partes decían

⁶ SALA, Ob. Cit. Pág. 131.

⁷ MARTINEZ SALAZAR, "Práctica de sustanciar pleitos ejecutivos y ordinarios", Pág. 137.

o pedían en cada momento procesal, para finalmente emitir un juicio, vinculante para todos, sobre el objeto procesal, es decir la contienda surgida entre las partes que acudían a que la Administración de Justicia resolviese sus conflictos.

Se inicia el proceso por una petición a la jurisdicción para que se administre justicia de forma genérica; y esta actuación de la jurisdicción se resolverá en forma de **resolución o sentencia**, defendiéndose así por el sistema de poder el ordenamiento jurídico privado, y amparando la protección de **situaciones de poder personal**. Se parte del proceso como una necesidad nacida de la propia realidad social y, al mismo tiempo, como una forma organizada de la realidad jurídica que utiliza el proceso como un medio de absorber la tutela y protección de los derechos privados.

Por tanto, la actividad jurisdiccional del Estado Moderno, el ejercicio de la *jurisdictio*, se desarrolla dentro de un marco social y jurídico muy preciso: **el proceso**. Es así el proceso privado una relación jurídica establecida entre las personas que se constituyen en partes procesales, y que se someten a la decisión del juzgador, decisión o fallo que tiene valor ejecutivo y vinculante para los que intervienen en el litigio.

Pero en el periodo histórico anterior a la Codificación existe una gran confusión terminológica, tanto social como institucional acerca de esta actividad. Se habla indistintamente de proceso, pleito, procedimiento, juicio y litigio; así como de causa, expediente, negocio y asunto.⁸

Esta variedad de términos, se puede agrupar en **dos categorías**:

⁸ Sobre confusión terminológica, ver LALINDE ABADÍA, Ob. Cit. Pág.756

a) aquéllos que suponen un concepto jurídico procesal

Juicio

Proceso

Pleito

Negocio

Causa

Litigio

b) los que hacen referencia a aspectos técnicos de proceso

Procedimiento

Enjuiciamiento

Autos

Expediente

a) Términos que suponen un concepto jurídico procesal.

Juicio.- Jurídicamente es el resultado final de un proceso, la decisión que se pide como objeto del mismo. **Jordán de Asso**⁹ define el juicio como "disputa y decisión de la causa ante y por juez competente". Al yuxtaponer disputa y decisión está confundiendo el origen (la disputa) y el objeto final (la decisión) del proceso. Para **Hevia Bolaños**,¹⁰ "Juicio es Auto, que el juez hace, discerniente en Derecho entre las partes, en razón de la causa que

⁹ J ORDAN de ASSO y del RIO, IGNACIO Y MANUEL Y RODRIGUEZ MIGUEL, "Instituciones del Derecho Civil de Castilla", Pág. 269.

¹⁰ HEVIA BOLAÑOS, J. "Curia Philípica", tomo I. Pág. 43

ante el se trata con legítimo contradictor"; remitiéndose a una Ley de Partida¹¹ que comienza por aclarar que "juicio en romance tanto quiere decir como sentencia en latín", en la línea de considerar el Juicio como una decisión final, insistiendo que es "mandamiento que el juzgador haga a algunas de las partes en razón de pleito que mueven ante él". Luego, se entiende que juicio es el resultado (con carácter de mandamiento u orden que emana de una potestad delegada del monarca, es decir, con valor de cosa juzgada ejecutoria) de un pleito movido por las partes ante un juzgador. El carácter de mandamiento, dado en virtud de un juicio, deriva del hecho de que *llevado el juez de una recta razón de pensar, decide y manda lo que conforme a ella estima justo*,¹² y es esta misma razón, basada en el derecho, lo que da a aquello que el juez decide el valor de una orden o mandato; todo ello, teniendo siempre presente, que los jueces actuaban mediante la jurisdicción, que es una potestad, los actos emitidos con carácter jurisdiccional, eran actos de poder y por lo tanto investidos de fuerza obligatoria per se.

La ley de Partida está distinguiendo así entre juicio y pleito. Por el contrario, **Hevia y Bolaños** en su definición identifica "juicio" con "auto". Auto es la forma que toma la decisión judicial¹³ "que se produce en razón de la causa entre partes"; es decir, Juicio es la decisión por la que se resuelve una causa, entendiendo como causa un proceso judicial.

¹¹ L 1, T 22, P 3.

¹² CORNEJO A. "Diccionario histórico y forense del Derecho Real de España", P'g.364

¹³ En la práctica y en los autores se confunden "autos", "sentencias" y "proveídos" y con frecuencia los pleitos tramitados en Juzgados inferiores se resolvían por auto, no por sentencia, por lo que aquí "auto" debe entenderse como la decisión final de un proceso.

Lucas Gómez y Negro¹⁴ unos años después, y en un contexto con intenciones didácticas, define el juicio como "una disputa entre dos o más ciudadanos sobre la consecuencia de un derecho o castigo de un crimen, terminada por la sentencia o declaración del juez". Está definiendo el juicio con un carácter muy amplio, ya que incluye las disputas entre los ciudadanos y el castigo de un delito, englobando los procesos civiles y los criminales. Y lo entiende como una disputa, un enfrentamiento entre partes, que en realidad es el objeto del proceso, dejando la declaración final del juez como una forma de finalización. En el momento histórico en el que está escrito este tratado de práctica forense -1825- se está produciendo un alejamiento en la práctica procesal de la influencia romanista que durante siglos determinó la vida jurídica y el quehacer procesal castellano; no tanto por un proceso doctrinal, sino como una consecuencia de los tímidos intentos de introducir la enseñanza del Derecho Nacional en el ámbito universitario¹⁵. Además la propia práctica de los Tribunales, que debido a la flexibilidad que le daba la variedad y amplitud legislativa, con el tiempo fue modificando sus cauces de actuación y sus referencias doctrinales. A este alejamiento no se le puede dar un valor modificativo en profundidad de las estructuras procesales, pues estas no llegaron a sufrir cambios auténticos; se puede hablar de actitudes críticas, como las de **Gómez Negro** o las de **Castro y Berni y Catalá**, pero estaban encuadradas en la tónica general de los Ilustrados sobre las reformas administrativas: eran conscientes de los defectos del sistema, criticaban sus causas, pero sus soluciones pasaban por un respeto final al aporte histórico, quedando sus propuestas en modificaciones "en

¹⁴ GÓMEZ NEGRO, L. "Elementos de práctica forense", Pág. 23.

¹⁵ VER SUPRA 1.4

superficie", sin que los males estructurales llegasen a ser corregidos.

Fue un autor contemporáneo de **Lucas Gómez Negro** -su obra está publicada en 1820- pero con una construcción general de la disciplina inmersa en concepciones teóricas vinculadas con la metodología derivada de la doctrina del derecho común, como es **Juan Sala**,¹⁶ quien hace una definición de juicio mucho más compleja: "legítima contención de causa que se disputa entre el actor y el reo ante el juez, establecida para que los pleitos se terminen por autoridad pública". Luego, juicio es una contienda ante un juez para resolver un pleito; esta definición se acerca más a la idea de proceso que a la de Juicio. Y **José María Álvarez**¹⁷, unos años después, -en 1839-, entiende que las acciones son los medios para perseguir en juicio los derechos de las partes, con lo que hace una asimilación conceptual entre juicio y proceso.

La tendencia de los autores prácticos del derecho procesal, era la de definir el proceso por su contenido y su finalidad, centrándose en el juicio civil ordinario como proceso tipo, de forma que un pleito "es aquel que se introduce ante el juez , para que este, conforme a Derecho, declare a las partes el [juicio] que les pertenezca en razón de lo que pidieren y alegaren.¹⁸ Es la actividad procesal la que integra esta definición, manteniendo como línea fundamental la consecución de un resultado que reviste la forma de la decisión judicial.

En resumen, los juristas procesales asimilaban al termino "**juicio**" conceptos tan diversos como la contienda (objeto de un pleito), la sentencia (su resultado final) y el

¹⁶ SALA, J., "Introducción del Derecho Real de España" tomo 1, Pág. 130.

¹⁷ ÁLVAREZ, J.M., "Instituciones del Derecho Real de España" tomo 1, Pág. 160.

¹⁸ JUAN Y COLOM, "Instrucción de Escribanos en orden a lo Judicial". Pág 1

proceso (vehículo ordenancista a través del cual se desarrollan los pleitos).

De todo ello cabe deducir que, aunque por los autores jurídicos se haya utilizado con frecuencia el término **juicio** para hacer referencia a lo que es un proceso, haciendo un análisis con perspectiva histórico-doctrinal, a de considerarse que juicio es el objeto final del proceso, el fin último al que se dirigen los actos que integran el mismo, el fondo de la actividad judicial. Sin olvidar que tanto en parte de la legislación como de la doctrina procesal, se llamaba juicio al conjunto de actos procesales que integran la actividad procesal.

Proceso, pleito, negocio y causa.- Proceso es un término de origen medieval italiano introducido con el Derecho Común. En el Derecho Recopilado se confunden con frecuencia los términos de proceso y pleito, incluso cuando se regulan cuestiones procesales muy generales, no se delimitan los ámbitos de la Justicia Civil y la Justicia Criminal.

Este aspecto, el de la delimitación entre procesos civiles y criminales ha de ser tenido en cuenta. Así como en los autores que hacen un tratamiento sistemático de los procesos se coloca una clara línea divisoria entre el orden civil y el orden penal, en la legislación castellana existe una cierta confusión: en la Tercera Partida¹⁹ se regulan los juicios, con sus fases, sus momentos procesales y los medios de prueba que pueden ser utilizados; supone un recorrido general por lo que es un proceso: desde la Justicia, las partes que intervienen, los plazos, las formalidades y los resultados. De una lectura de la tabla de títulos de esta Partida, no se puede deducir en ningún momento que se esté refiriendo a los procesos civiles con exclusión de los criminales. Éstos últimos están

¹⁹ "Las Siete Partidas", Glosadas por el Licenciado Gregorio López.

regulados en la Partida Séptima, que se ocupa de los delitos, sólo en el primer título como "acusaciones y denunciamentos". **La Nueva Recopilación**²⁰ en los treinta y tres títulos que contiene el Libro Cuarto contempla igualmente materias procesales de carácter civil, en las que intercalan títulos que se refieren a causas criminales, además de las disposiciones dispersas en los Libros Segundo y Tercero y que hacen referencia a las funciones y competencias de los Jueces y Tribunales en el ordenamiento criminal. Así ocurre en el texto de **La Novísima Recopilación**²¹, en el que el único Título, el treinta y dos, del Libro XII "De las causas criminales y modo de proceder en ellas y en examen de testigos", recoge parte de la normativa dispersa en los tres Libros de la Nueva Recopilación, incluyendo normas promulgadas con posterioridad y que, salvo las que forman parte de la "Instrucción de Corregidores" de 1788, se refieren a aspectos muy concretos de la justicia penal.

Una vez delimitado, dentro de la terminología que se manejaba en el extenso periodo de tiempo que abarca desde la recepción del Derecho Común hasta la Codificación, que el instrumento que la Monarquía y el Estado utilizaban para administrar Justicia dentro del ámbito privado, se le denominaba indistintamente proceso, pleito, negocio y causa, y advirtiendo que proceso y causa tenían connotaciones más penales que civiles²² el objeto de éste estudio se denominaría pleito o negocio. **Tapia**, en la nota que hace a la observación preliminar de Febrero sobre la definición de juicio, para distinguir causa y negocio dice:

²⁰ "Nueva Recopilación".

²¹ "Novísima Recopilación de Las Leyes de España" 1805.

²² "Instrucción de Corregidores" de 15 de Mayo de 1888 y Pragmática de los Reyes Católicos de 1550

"Según la acepción común, lo mismo es causa que pleito, con la diferencia que la primera de éstas dos voces se aplica más bien a los asuntos criminales, y así decimos: se ha formado causa a tal reo, y no se ha formado pleito; por el contrario, cuando se ventilan negocios civiles usamos de ésta última voz"²³.

y si tenemos en cuenta que aunque la legislación utilice indistintamente ambos términos, en la práctica judicial se habla de pleitos para referirse a los asuntos que dirimen contienda entre particulares ya que cuando las partes, por sí mismas o por medio de letrado y procurador presentan solicitud por escrito o comparecencia, en un asunto en trámite, se refieren "al pleito que se sigue contra" o "al pleito que se puso en contra mía". Luego el objeto a analizar en éste estudio se denominará **PLEITO CIVIL**.

Términos que hacen referencia a aspectos técnicos del proceso.

Procedimiento.- No puede considerarse el término procedimiento como un sinónimo de proceso. Realmente tiene su época de apogeo ya en el siglo XIX por influencia del procedimentalismo francés, aunque era utilizado por los juristas del siglo XVIII, quizás con un sentido más vago e impreciso. Siguiendo a Prieto Castro, sería el procedimiento el lado externo de la actividad procesal, plasmado en una serie de actos concretos que no constituyen en sí un proceso: son la concreción, ya sea oral o documental, de lo que, tanto la Jurisdicción como las partes procesales **hacen** a lo largo de un proceso. Es decir, el conjunto de normas y actuaciones que someten a disciplina el proceso, normas de carácter técnico que marcan los cauces y el orden de las actuaciones. Su carácter jurídico es una

²³ TAPIA, E. "Adiciones a Febrero Novísimo", Pág. 5.

consecuencia de las normas que vienen a regularle, y al mismo tiempo, por el hecho de constituir en sí mismo una normativa específica y concreta de la forma en la que se han de desarrollar los actos procesales. El hecho de ser el procedimiento un conjunto de normas, dentro de las que se ha de discurrir un pleito, supone en sí mismo una garantía de legalidad para las partes intervinientes.

En la misma línea, y con el mismo sentido, se utilizaba el término **enjuiciamiento**, definido como "el orden y método que debe seguirse con arreglo a las leyes en la formación e instrucción de una causa civil o criminal, para que las partes puedan alegar y probar lo que les convenga, y venir al juez en conocimiento del Derecho que le asista y declararlo por medio de su sentencia".²⁴ Salvo que enjuiciamiento procede etimológicamente de "juicio", el contenido de la definición es el mismo que se da a la expresión procedimiento, pues ambas se refieren al conjunto de normas que regulan el desarrollo de un proceso.

Autos.- El término autos, de amplio manejo cotidiano en la actividad procesal, hace referencia a la materialidad de un pleito, pues indica el **carácter documentado** de los actos procesales, "constituídos por el conjunto de escritos y actuaciones documentadas"²⁵. En éste aspecto, la recepción del Derecho Común supone el predominio de la escritura sobre la oralidad para todas las actuaciones procesales, pues aún las que tienen carácter oral se han de documentar; de ahí el conocido principio "*quod non est in actis non est in mundo*".

Expediente.- Aunque no es frecuente que a las actuaciones procesales se les llame expedientes, sí se utiliza ésta denominación, sobre todo en tribunales superiores, como una

²⁴ESCRICHE, "Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia", voz **enjuiciamiento**

²⁵ LALINDE ABADÍA, J. "Iniciación Histórica al Derecho Español", Pág. 757.

consecuencia de la no especialización jurisdiccional de éstos órganos. Tanto el **Consejo de Castilla** como las **Chancillerías y Audiencias** desarrollaban funciones de gobierno y jurisdiccionales. Las tareas de carácter gubernativo se llevaban a cabo en forma de **expediente**. Los expedientes de gobierno no estaban sujetos a normas de procedimiento, lo que les convertía en una sucesión de actos, documentados, ajenos a ningún tipo de regulación, y en los que no se había de tomar ninguna decisión final. La circunstancia de que los órganos de la Monarquía, al tramitar un expediente, actuaban al margen de la jurisdicción, confería a estos asuntos gubernativos el especial matiz de su falta de poder ejecutivo quedando las partes desvinculadas de su resultado. Frente a ellos, los procedimientos judiciales estaban destinados a resolver una contienda o a declarar un derecho, mediante una decisión de fondo, decisión, que una vez emitida con todas las garantías, tenía la fuerza derivada de la postestad que le daba.

1.2.-Diferencia entre penal y civil.-

En este punto conviene hacer una precisión sobre una cuestión de trascendencia en la historia del **proceso castellano**, como es la separación y diferenciación entre el proceso civil y el proceso penal. La historiografía actual admite unánimemente la circunstancia del origen común de ambos procesos. Tanto el proceso criminal como los pleitos civiles que tratamos de estudiar para las décadas finales del sistema jurídico de Antiguo Régimen, tienen su origen en un mismo tronco procesal. Para entender la situación, hay que retroceder históricamente al momento de la recepción del derecho Común. Este trasplante de estructuras procesales romano-canónicas a una sociedad y a un sistema político que comenzaban una época de cambios en el juego de poderes, supuso la

implantación de principios y normas que ya venían configuradas y elaboradas.²⁶ El Derecho Canónico, a través de las Decretales, introduce la diferencia entre *iudicium* y *crimen* (proceso civil y proceso penal), motivada por la necesidad de intervención de las autoridades eclesiásticas sin previa denuncia o querrela de una parte. De esta diferencia ha de partir la evolución posterior hasta configurar dos sistemas procesales distintos. Ambos sistemas mantienen a lo largo de todo el periodo evolutivo hasta la Codificación misma, técnicas y planteamientos que les son comunes, con una vertebración general muy formalista. "Puede considerarse *el proceso civil común* como la matriz de todas las figuras procesales que se desenvuelven en el sistema jurídico y por medio de algunas operaciones que modifican ciertos puntos centrales de su urdimbre, va teniendo lugar la nuclearización del proceso penal".²⁷ Las diferencias entre uno y otro proceso, se van produciendo por la vía de la excepción, suponiendo el proceso civil la norma general, y quedando las excepciones para fijar los límites del proceso penal.²⁸ Es el mismo sistema por el que fueron apareciendo los procesos "especiales", como contrapuestos a "comunes o normales", tales como los juicios de hidalguía, los de represión instantánea, de garantía personal o real, o juicios sumarios en general. Estos tipos de procesos, específicos por las personas o por la materia, mantenían al proceso "ordinario" o tipo con un carácter de supletoriedad, por lo que tampoco se desvinculaban totalmente del núcleo de procedencia.

Pero no se puede olvidar que el Derecho Canónico, que el cuerpo de Derecho

²⁶ Para el poder Real, el proceso con carácter penal, suponía un instrumento represor, de fuerza y poder

²⁷ PEREZ PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACO, "Curso de historia del Derecho español", Pág. 1272

²⁸ MARÍA PAZ ALONSO, Ob. Cit. Pág.29

Común aportaba, era un un vehículo recondutor del Derecho Romano, ya que había asumido algunos de sus elementos integrantes, y reelaborados los aplicaba en su ámbito jurisdiccional. El reflejo en la legislación se fue haciendo tímidamente, y aunque nos estamos refiriendo al siglo XIII, es importante tener en cuenta esta introducción, pues algunas de las normas que desde aquí comenzaron a instalarse en las leyes reales, perduraron hasta el mismo movimiento Codificador. En el Fuero Real, las diferencias se limitan a distinguir entre procesos con penas corporales y procesos con penas pecuniarias; los llamados pleitos de justicia, como esfera de jurisdicción reservada directamente al Monarca, equivalen a un proceso criminal, inquisitivo, especial y rápido, mientras que los procesos en los que existe **acusación** se entiende que quedan reservados para una justicia más privada. Estos pleitos, anteriores al Derecho Común, pertenecían al área exclusiva de la jurisdicción del monarca, aunque no pueden ser considerados auténticos procesos penales específicos, ya que serían distintos del proceso común por el hecho de su iniciación, pues comenzaban directamente por el ejercicio de la justicia real.²⁹

Desde Las Partidas y el Espéculo, se puede hablar de la introducción del esquema procesal canónico, con rango y fuerza de ley. Desde este momento, el proceso acusatorio se equipara nitidamente al proceso civil, pues contiene elementos privatistas que coexisten con otros de carácter público. Y mientras el proceso inquisitivo, se reserva para el ámbito de la criminalidad. Pero esta legislación no tendría por sí misma la fuerza que llegó a alcanzar durante cinco siglos, si no hubiese sido complementada y desarrollada por otras actividades, dentro del marco de lo jurídico. Se puede decir, que la práctica y uso de los

²⁹ VALLEJO, J. "Pleitos de Justicia". Pág. 343

tribunales, fue haciendo de la aplicación de este derecho una nueva fuente de creación; su forma de actuar se asumió y sancionó por los juristas en general, sin hacer valoraciones críticas en cuanto a su conveniencia; y de esta asunción por los pensadores, tanto teóricos como prácticos, se produjo la difusión de un sistema de aplicación del derecho del proceso que llegó a adquirir fuerza vinculante para los jueces y las partes procesales. La práctica judicial y las alegaciones doctrinales, actúan como una vía modificativa de la aplicación del derecho, y es en esta vía en la que actúan las diferencias que van surgiendo entre el proceso civil y el proceso penal. Los matices, más que de definición de lo que era el proceso penal, se fueron perfilando como una cualificación del proceso penal para distinguirlo del proceso matriz o civil; en un principio, en base a las finalidades y a los intereses que cada uno de los tipos procesales tenían como objeto. Como ya se ha dicho más arriba, hay en la doctrina una intención **finalista** en el camino recorrido hasta la total separación de ambos procesos, ya desde el siglo XVI, cuando se pensaba que no era la pena en sí el matiz que definía al proceso penal, sino los motivos y las finalidades perseguidas. Estos fines, además de los evidentemente represores, como una forma de proteger el bienestar público, iban más allá; era la intención última de fortalecer el poder de la monarquía, y de controlar el beneficio económico que de este fortalecimiento se pudiese derivar.

La situación se viene manteniendo y desarrollando en los siglos siguientes, en los que se producen momentos de intensa actividad legislativa procesal por parte de la Monarquía, coincidiendo con los reinados de Los Reyes Católicos, y de Felipe II. La legislación que la Monarquía produce en estos momentos no implica cambios en los principios o estructuras internas del proceso; se puede ver como una legislación

complementaria, no modificativa de los principios estructurales que hasta ese momento habían influido el derecho del proceso desde lo que Las Partidas habían legislado. Todas estas normas, recogidas en ambas Recopilaciones parecen más bien pretender un afianzamiento del derecho anterior, y están dirigidas a cuestiones concretas y puntuales en el ejercicio de la jurisdicción, cuestiones que suponen un problema práctico de trascendencia pública. No afectan a meras situaciones incidentales prácticas, sino al hecho de que la forma de manejarse los Tribunales tuviese un reflejo social, y que las fuerzas estamentales lo planteasen a la Monarquía para que mediante la legislación real fuesen corregidas.³⁰ Y en cuanto a la cuestión que nos ocupa en este momento, hay que destacar que el grueso de esta actividad legislativa, estaba dirigida a corregir o a matizar aspectos del proceso civil ordinario, -forma de hacer los emplazamientos, rebeldías, términos, o cuestiones tangenciales que siempre estaban referidas a este tipo de procesos -fijación de cuantías inferiores, control de los escribanos al hacer las pruebas de testigos-, por lo que en la evolución de ambos tipos procesales no se puede adjudicar a las leyes del Reino los mayores esfuerzos por diferenciar y definir el proceso civil y el penal.

Llegados así al final del periodo, es decir, al siglo XVIII, se continúa manteniendo el claro predominio ideológico del Derecho Común. Las críticas al sistema se hacen, pero sobre aspectos accesorios más que estructurales o de fondo. Se critica el sistema por lo que tiene de ineficaz y retardatorio, y se intentan atacar "los males", como los denominaban la mayoría de los autores ilustrados, desde sus aspectos superficiales: sistema recargado de

³⁰En los siglos XVI y XVII son frecuentes las quejas de las Cortes sobre los malos usos judiciales y los perjuicios que estos estaban causando a los súbditos

oficiales, poco control sobre la actividad judicial, lo que daba lugar a abusos, acumulación de asuntos en los órganos superiores. Pero las críticas al Derecho Común se hacían de una forma más tímida, aunque también se encuentran autores, como **Castro**, que fijan el centro del problema precisamente en este punto. Era el movimiento endogámico del sistema el que se veía como ciertamente perjudicial. La creación del derecho era en gran medida doctrinal y poco clarificadora, con lo que las sucesivas e innecesarias interpretaciones en cuanto a su aplicación, no hacían nada más que complicar aún más el problema. En esta situación, los avances en cuanto a las diferencias entre proceso civil y penal, vinieron de los teóricos del derecho. Como ya se ha dicho anteriormente, se fue perfilando una idea finalista en cuanto a la esencia del proceso. No era el objeto en sí el que determinaba que un proceso se encuadrara en los límites de lo privado o lo criminal o público, sino los fines para los que estaba dirigido. La concepción pública del proceso aparece más definida en algunos autores tardíos. Así, **Lucas Gómez Negro**, adelantándose al pensamiento europeo posterior, concibe el proceso como una relación jurídica de derecho público, entre ciudadanos y una autoridad judicial.³¹ Y admitiendo la diferencia entre proceso civil proceso penal, se fija en la finalidad averiguadora y asegurativa del proceso inquisitivo, y en la forma procesal, pues sólo se diferenciarían en cuanto el procedimiento en el comienzo y en final -inciación y ejecución, manteniendo unificado el núcleo central.³² El resto de los autores tardíos prácticos, que no por ello dejan a un lado la pesada y peserosa influencia de

25 ALCALÁ ZAMORA N. "Ideario procesal de Lucas Gómez Negro". Pág 760

³² Ibidem, Pág 762

su formación romanista y canonista, mantenía el criterio del fin como factor diferenciador de los dos tipos procesales. Este fin era fundamentalmente el castigo, mediante la imposición de penas en el proceso penal, mientras que en el proceso civil, son los intereses privados. A la finalidad esencial represora del juicio criminal, se añadió en este momento un aspecto más avanzado, dentro del predominio individualista de la Ilustración, como era la posibilidad de que en vía penal fuesen resarcidas de los daños y perjuicios sufridos las víctimas del delito.³³

En la evolución ideológica de este periodo, en el que el racionalismo iusnaturalista se instala en los filósofos y juristas ilustrados, es importantísima la profunda crítica que se hizo al derecho penal,; pero las cuestiones que se plantearon, en primer lugar se referían en su inmensa mayoría a principios generales del derecho penal que hoy entendemos por "sustantivo", sin que trascendiesen al plano procesal penal; y en segundo lugar, las ideas ilustradas humanistas no fueron más allá del plano de la realidad legislativa hasta años después, una vez que se ha producido el cambio entre Antiguo Régimen y Estado Liberal. Por ello no son relevantes en la cuestión que estamos analizando en este momento.

De todo lo que aquí se ha dicho, se pueden extraer las conclusiones siguientes:

1º.- En el sistema legislativo anterior a la Codificación, desde Las Partidas, no existe una regulación diferenciada para los procedimientos civiles y los criminales, salvo algunas normas específicas para éstos últimos. Se regula un proceso tipo, con profundas raíces en el proceso Canónico, del que se irán desprendiendo, tanto los procesos especiales

³³ SALA, Ob. Cit. Pág. 131
CORNEJO, Ob. Cit. Pág. 365

como el propio orden penal.

2º.- La actividad legislativa se dirigió de forma más exhaustiva y completa sobre el proceso de carácter privado cuyo objeto quedaba fuera de la imposición de penas derivadas de actos ilícitos, pero que actuaba como modelo genérico de la actividad procesal.

3º.- El proceso criminal encuentra su marco regulador en aquellos capítulos de las colecciones legislativas que se refieren a los delitos y su castigo, como un apéndice procesal y con un contenido limitado a la especialización del aspecto criminal del proceso: iniciación, impulso y fases.

4º.- En todos aquellos trámites procesales que no van dirigidos específicamente a dictar un fallo que condene o absuelva por la comisión de actos constitutivos de infracción penal, se aplican con carácter general y supletorio las normas procedimentales civiles: las llamadas al proceso, las excepciones y los medios probatorios.

1.3.- Naturaleza Jurídica y características del proceso.-

1.3.1.- Naturaleza Jurídica.- La moderna doctrina procesalista ha fijado la naturaleza jurídica del proceso desde distintos puntos de vista filosóficos y jurídicos, formulando teorías que la definen como situación jurídica, relación jurídica o institución. En el Derecho español anterior a la Codificación predomina el pensamiento **iusnaturalista** que con su carácter de filosofía trascendente confiere un valor específico a las situaciones de poder personal como derechos del individuo. En la valoración jurídica del proceso histórico es fundamental la influencia romanista, que parte de la idea que la acción se corresponde con el ejercicio de un derecho que nace de la persona. De ahí que si se intenta explicar cual era

el carácter jurídico que tenía el proceso en el Derecho castellano y la doctrina en el siglo XVIII haya que situarse indudablemente en un plano privatista, casi ajeno a la concepción pública del proceso que predominaría en el siglo XIX.

Por eso, cuando los juristas definen el proceso, y en su definición integran elementos que constituyen la esencia de la institución jurídica, lo hacen como "**acto legítimo que se ejerce por dos o más personas**, ante un juez sobre alguna cosa"³⁴, o bien "una controversia legal **entre dos o más personas** ante un juez autorizado para decidirla con su sentencia"³⁵. Incluso el mismo **Gómez Negro**, que era de los autores tardíos del XVIII el que podía aportar una visión más publicista de la esencia del proceso, lo define como una disputa **entre ciudadanos**, y por la que mediante una declaración del Juez se resolvía sobre un derecho, con lo que no aportaba a su idea del proceso elementos no privados, excepto la intervención del juez como parte misma a intervenir en la solución de la contienda, sin que esta aportación supusiese novedad sobre las ideas anteriores, en las que lo público estaba presente desde la jurisdicción.

En ambos casos son **las personas** las que ejercitan un derecho a través de la acción, entendido como "acto legítimo" propio de una esfera de poder, por el que se pide a un **juez** que resuelva **un conflicto** por medio de una **sentencia**. Se entiende que el proceso nace como consecuencia del ejercicio de un derecho por las personas, dependiendo por tanto su inicio de la voluntad de las partes. Esta intervención de las partes en la iniciación y desarrollo del proceso, es el contenido de la acción en sí misma; y el recorrido que sigue

³⁴ "Febrero Novísimo o Librería de Jueces", t. 4, Pág. 8.

³⁵ TAPIA, E. "Adiciones al Febrero Novísimo", Pág. 8.

la acción en un marco jurisdiccional confiere a la actividad procesal su valor de juridicidad.

Pero para el pensamiento jurídico, la esencia del proceso se basaba en una concepción contractualista: el proceso es un **cuasi contrato**, idea que se basa en la institución de la **litiscontestatio** romana, y de la que se diferencia en que el Juez no contrata con las partes procesales, sino que situado en otro plano, resuelve sus deberes con el Estado ya que la Justicia queda fuera del ámbito de la contratación pues es evidente para el momento histórico del pensamiento jurídico que nos ocupa, que no puede ser objeto de acuerdo de voluntades. En el proceso, el juez está resolviendo sus deberes con el Estado, y su relación con las partes es ajena a una relación contractual, pues su actividad deriva de la propia potestad jurisdiccional, lo que supone una actitud desde el poder no sujeta a voluntades personales, pues lo contrario actuaría en detrimento de la causa pública.

Febrero³⁶ advierte la necesidad de custodiar el orden social, evitando que los individuos resuelvan privadamente sus controversias:

"y fue establecido el juicio para que ninguno osase de propia autoridad tomar por sí mismo satisfacción de la injuria que se le hiciese, ni apropiarse el derecho que le competía, precaviéndose de éste modo las funestas consecuencias que infaliblemente resultarían de semejante desorden".

Esta necesidad de **precaver el desorden**, como consecuencia de la satisfacción privada de un derecho, está situando el carácter jurídico del proceso entre la esfera privada y la pública: siguen siendo las partes las que determinan su ejercicio, pero la intervención del juez se realiza en base a la potestad que ejerce emanada de la jurisdicción, aunque vaya

³⁶ "Febrero", *ibidem*

dirigida a resolver controversias privadas.

En el desarrollo de la vida social influye intensamente la idea privatista del proceso. Desde la Baja Edad Media los procedimientos judiciales se van configurando como una forma de control de los abusos de poder entendiendo poder en un sentido muy amplio; en los modernos Estados absolutistas la judicialización se extiende más allá del marco institucional privado: el Estado protege un bien más amplio que el del mero ejercicio de los derechos individuales, se protege a sí mismo y de ésta autoprotección deriva que tanto el juez como el procedimiento sean necesarios para la vida del derecho. Las corrientes ideológicas europeas que influyen en los pensadores jurídicos castellanos del S.XVIII, así como el pensamiento tradicional de Francisco Suárez y otros juristas del siglo anterior, hacen que su concepción del derecho y la justicia se desarrolle más en el marco del derecho público que en el marco del derecho privado; pero como su formación universitaria se lleva a cabo en el conocimiento casi exclusivo del Derecho Común romano-canónico, es inevitable, unido a la presencia del valor del individuo, que las creaciones jurídicas contengan un matiz privatista. **Álvarez**³⁷ dentro de ésta corriente de pensamiento jurídico, piensa que el fin último de la jurisprudencia (entendida aquí como el ejercicio de la potestad jurisdiccional) es la guarda de la Justicia, y que va dirigida

" para que los derechos de todos fuesen guardados; para que se de a cada uno lo que es suyo, se las virtudes y se castiguen los vicios. Es decir, para que vivan los hombres una vida quieta y tranquila en piedad y honestidad"

³⁷ ÁLVAREZ, J.M., "Instituciones del Derecho Real de España", libro 1, Pág. 9

Para **Maravall**, el hombre de la modernidad vive el proceso como un procedimiento al que entiende como un cauce formal del derecho:

" La importancia que socialmente toma el proceso judicial como camino o método imprescindible para la declaración de lo que es de Justicia, en los siglos finales de la Edad Moderna, queda atestiguada no sólo por el relieve profesional que alcanzan los abogados y cuantos participan en la vía judicial, sino en testimonios literarios que nos hacen comprender hasta que punto había calado en las conciencias esa concepción **procesal** del derecho"³⁸

Por lo tanto, el fortalecimiento del Estado Moderno supone el monopolio del ejercicio de la Justicia por parte de sus instituciones, frente a la justicia privada de momentos más arcaizantes, en los que la justicia se dejaba en manos casi exclusivas de los que se sentían perjudicados, con la sanción final del Monarca. En éstos momentos, la fuerza obligatoria de la decisión judicial, ya no deriva de la voluntad de las partes, sino de la **potestad** con la que actúa el Estado através de los órganos designados para llevar a cabo la función jurisdiccional. De ahí que los autores del Siglo XVIII (Conde de la Cañada, de Vicente y Caravantes, Febrero, Ortiz de Zúñiga) revisen las tesis contractualistas, en base también a los procesos especiales que se crearon, en los que no es necesario el consentimiento del demandado para perfeccionar "el contrato", por lo que basan la esencia procesal en la figura difusa y difícil de mantener del "**cuasicontrato**", como una ficción jurídica que permite seguir situando el proceso en las estructuras privatistas, sin dejar de

³⁸ MARAVALL, J.A. "Estado Moderno y mentalidad social" T.2, Pág. 430

reconocer el carácter público que ha adquirido al desvincularse de la idea primitiva de obtención de Justicia como ejercicio privado de un derecho. La teoría romana de la **litiscontestatio**, modificada y reacondicionada por el derecho Común, se instala en la filosofía jurídica de toda la Edad Moderna, aunque comienza a perder fuerza con el fortalecimiento de la Monarquía Absoluta y coincide su declive cuando en el siglo XIX queda definida la jurisdicción como emanada de uno de los poderes del Estado, al que las partes quedan sometidas, ajenas a una voluntad contractual. Como se verá al hablar de la contestación a la demanda,³⁹ la voluntad de las partes formulada a través de la demanda y su contestación, le dió al proceso el matiz de "casi contractualidad" que prodominó en toda la época anterior a los momentos codificadores.

1.3.2.- Características del proceso civil.- Ya ha quedado fijado que en el derecho castellano anterior a la Codificación el proceso civil es el instrumento que la monarquía pone a disposición de los particulares para que resuelvan una contienda de carácter privado, mediante la obtención de una resolución jurisdiccional. Hay que fijar ahora cuales son las características y el contenido de ésta concepción de proceso civil vigente en la época moderna.

Es difícil, por no decir imposible para cualquier conocedor del Derecho, desligar el plano histórico del plano doctrinal actual.

- primero, porque las categorías jurídicas que integran la definición de proceso civil, están actualmente, no sólo definidas y fijadas, sino también sistematizadas por la doctrina procesal a lo largo de más de un siglo, con intervención y aportación de elementos

³⁹VER INFRA 5.8

doctrinales ajenos a la tradición jurídica castellana.

- y segundo, porque el derecho actual que regula el proceso, ha recibido casi en su integridad, por vía de la codificación, el contenido de los aspectos procesales del derecho real castellano, que durante cinco siglos se formó y permaneció en la legislación, en la jurisprudencia y en la conciencia práctica de los juristas castellanos modernos, que no sólo escribieron para fijar la complicada práctica forense, sino que también contribuyeron a la formación y difusión de las instituciones procesales privadas adquiridas por el derecho común que se enseñaba en las Universidades.

Por ello no debe considerarse inexacto en éste caso el partir de las categorías manejadas actualmente por los especialistas procesales para concretar cuales eran las características de los pleitos civiles castellanos en el último tramo de la época Moderna. Partiendo de aquí se examinarán distintos aspectos determinantes para un proceso civil.

a) por su contenido, los pleitos civiles suponen una disputa/decisión y determinadas obligaciones procesales. La disputa o controversia que da origen al proceso es el punto de partida para que, por medio de la acción se ponga en marcha la mecánica procesal cuyo objetivo es obtener una decisión jurisdiccional, que a su vez resuelva la contienda que se basa en el ejercicio de un derecho de carácter privado⁴⁰.

Es la pretensión de que la Jurisdicción se manifieste, lo que supone el objetivo de los procesos privados. Lo que sucede realmente, entonces y ahora, es que el proceso en sí

⁴⁰ Conviene precisar que no todo el contenido de los pleitos que con carácter privado se tramitaban ante los órganos judiciales castellanos en el siglo XVIII tenían un origen en una contienda. Se acudía a los jueces para resolver cuestiones no contenciosas (fijación o declaración de un derecho personal) o para obtener determinadas resoluciones que afectaban al desarrollo de la vida jurídica de las personas; suponiendo éste último un amplio ámbito de la actividad jurisdiccional.

mismo no es deseable para el sistema; es costoso para las instituciones y para las partes, pero dado que las actitudes humanas fuerzan su existencia, el proceso, en general, se convierte en necesario, pues siempre ha sido el único medio de arbitrar soluciones en los casos en los que los particulares no han estado dispuestos a encontrar sus propios cauces de conciliación.⁴¹

Este sentir los pleitos como una contienda lo describe muy gráficamente **Berní y Catalá** en los consejos que da a los abogados en cuanto al método de instruir a los litigantes, donde empieza por decirles que Pleito es lo mismo que discordia y recordando un común adagio "más vale un ruin ajuste que una buena sentencia": e insiste en el carácter de maldición de la frase "en pleitos que los veas, y que los ganes". Es la opinión de un práctico del Derecho que actúa frente a Jueces y Tribunales y conoce por experiencia el mal funcionamiento de los mismos⁴².

Para **Gómez Negro**⁴³ "La esencia del juicio consiste en la serie de diligencias por las cuales se aclara y termina una disputa": cuando se refiere a "Diligencias", no lo está haciendo a los actos procesales concretos, sino al ejercicio de la propia facultad

⁴¹ Las conciliaciones suponían un medio extrajudicial de encontrar soluciones a conflictos; sabemos que en los lugares pequeños se producían, como un medio de evitar los pleitos. Estas conciliaciones, de las que nada dicen los autores y sólo existen vestigios aislados, solían hacerse ante personas no laicas, generalmente los párrocos o capellanes. Existían también, antes del siglo XIX conciliaciones mercantiles reducidas al ámbito del comercio. La Constitución de 1812 introdujo este sistema "evitador de pleitos" con la intención de evitar las contiendas, haciendo obligatorio en algunos casos antes de plantear la demanda. El mandato constitucional se desarrolló por una R.O. de 1821 cuyo contenido pasó a la Ley de Enjuiciamiento Civil. La experiencia y los años han demostrado su total ineficacia; quien no ha sido capaz de solucionar sus problemas en la privacidad, difícilmente se concilia delante de un juez, pues precisamente, ante el juez se pide justicia, no arreglos, desde posiciones enfrentadas

⁴² BERNÍ y CATALÁ "El Abogado Instruido en la práctica civil de España" Págs. 11 y 5.

⁴³ GÓMEZ NEGRO, L, ibidem, Pág. 72.

jurisdiccional, por lo que se entiende que el contenido procesal (la esencia), en la propia jurisdicción. Ya se ha dicho que Lucas Gómez Negro tenía una forma más avanzada de ver la situación; a comienzos del siglo XIX está ya superada la idea privatista en esencia del proceso civil, y es la intervención de "lo público" lo que hace que los pleitos se alejen de las voluntades de las partes. En consecuencia, **Gómez Negro** entiende que aquello que da entidad a un proceso civil, es precisamente su contenido en actos jurisdiccionales, quizás olvidando que la disposición de las partes sobre los actos procesales estaba vigente y presente, y que eran estos actos los que impulsaban la actividad del órgano: los jueces resolvían a lo pedido por las partes.

Al ser el proceso en general, una manifestación de la jurisdicción, surgen en el desenvolvimiento de este ejercicio distintas obligaciones de carácter procesal derivadas del perfil público que la institución ha adquirido con el reforzamiento del estado absolutista. Aunque en el sistema procesal del Antiguo Régimen, el carácter público de sus instituciones queda más bien absorbido por el privatismo romanista, sí aparecen situaciones procesales que se pueden calificar de "obligaciones", tales como la de comparecer a un llamamiento judicial, la de hacer exhibición de bienes o documentos, y la de decir verdad. Son obligaciones no derivadas de una declaración de voluntad de las partes en litigio, sino del carácter de potestad con el que actuaba la jurisdicción

b) los fines del proceso: protección de los actos de poder personales: Aunque el fin último del proceso es restaurar una lesión en determinados derechos del individuo que se han visto lesionados, se puede desdoblar la finalidad en dos niveles:

- un fin inmediato, que supone la defensa y protección del ordenamiento jurídico

privado, y

- un fin mediato, que es la protección de los derechos e intereses del individuo.

La finalidad de la existencia de un proceso es la de lograr la satisfacción de un derecho inherente a la esfera de poder personal del individuo que se ha visto vulnerado, bien porque se lesiona en sí mismo o porque se impide su ejercicio,⁴⁴ lo que equivale a decir que el proceso, en cuanto busca una resolución ejecutable, está siendo dirigido a la protección de los derechos individuales. Este resultado "in fine" no es otro que la obtención de esa resolución, es decir, de un "juicio" lógico, que al lograrse dentro de un marco jurisdiccional, supone la expresión de la creación de derecho, ya que es una decisión tomada con autoridad pública, a la que por lo tanto se le da valor de cosa juzgada. Así, el derecho personal, que interviene y se deduce en el ámbito procesal, acaba como una realidad jurídica declarada, con el valor específico que le confiere el que la declaración tenga carácter jurisdiccional.

"Judicial es la función que se ejerce en razón a la negación del derecho y para hacer efectivo el que de dicha negación surge"⁴⁵.

Estamos por lo tanto ante situaciones privadas que se ven dañadas por la actitud de individuos que aparecen enfrentados en la contienda. Desde el momento en el que se produce el daño, y no se encuentran otros cauces de solución, se ve la parte dañada obligada a pedir la restauración del pago a la jurisdicción. Con la intervención del juez, lo que se

⁴⁴ Se producen también situaciones, en las que sin existir un derecho dañado, se pide de la Jurisdicción que proteja la posibilidad o expectativa de que se produzca una lesión a una situación jurídica privada, aunque no exista contienda, el cauce de la actuación es el procesal (por ejemplo, medidas cautelares sobre las personas y las cosas).

⁴⁵ MARCOS PELAYO, F. "El derecho Judicial en las Partidas". Pág. 74.

pretende es reparar la situación, obligando al supuesto dañador a que reponga a su estado anterior al hecho de la lesión. Lejos ya de sistemas arcaizantes de obtener justicia privada, es la potestad del juez, como una delegación del poder del monarca, la que sanciona la solución que cabe para devolver a la persona que ha visto lesionado un derecho personal precisamente aquello que el derecho protege.

c) funciones del proceso.- La protección del ordenamiento jurídico privado y de los derechos e intereses del individuo, como fines procesales, se consiguen através de la función principal del proceso, que es la de la efectividad de esa protección por vía judicial, pero siempre teniendo en cuenta que el proceso debe facilitar la efectividad de la Justicia y la Paz Social.

Desde el momento en que el sistema institucional y jurídico de la Monarquía Borbónica, formado y definido en los siglos anteriores ponía a disposición del individuo los medios para poder proteger un derecho personal lesionado, entendido como una situación de poder concreto atribuida a una persona, están sentadas las bases para que surta efecto la protección; se estaría solamente en el plano del posibilismo si no existiese la garantía de la efectividad: ahora bien, el sistema de órganos de gobierno y jurisdiccionales de la monarquía absoluta española en el siglo XVIII no implicaba ninguna garantía de tutela de los derechos del individuo, desde luego no de forma expresa, pero el ordenamiento jurídico general, y también el procesal, estaban influídos por principios de derecho que sí hacían que en cierta medida la función judicial supusiera una garantía para los individuos, en el sentido de poder acudir a la jurisdicción para que la actuación de ésta "tutelase" un derecho.

¿Eran conscientes los castellanos del siglo XVIII de la necesidad de la protección judicial de los derechos individuales?. Indudablemente acudían a la Justicia solicitando la protección de un derecho, y la solución de los conflictos mediante un pleito, con sujeción a las leyes lo que suponía mayores garantías para los litigantes y control para el juez de los que había sido en los primeros siglos medievales. De ahí hasta el momento histórico que nos ocupa, la evolución, debida a múltiples causas políticas, económicas y sociales, se dirigió al afianzamiento de las garantías procesales como una forma de protección del bien jurídico del Estado. Desde el momento en que es la organización política la que controla el medio del proceso y su desarrollo, se va configurando un cierto movimiento en reclamación de garantías procesales; aunque a finales de la Edad Moderna no es correcto hablar de la existencia de un sistema garantista, desde el siglo XV sí puede percibirse un movimiento de renovación y control de los abusos de jueces y abogados en el que se van configurando principios generales tales como el de que nadie puede ser condenado sin ser oído en el proceso. Incluso el cauce procesal era utilizado como un remedio contra los abusos de poder de determinadas capas sociales. Dice **Kagan** que "la aristocracia fue continuamente arrastrada a los tribunales por los campesinos, que consideraban los pleitos como único instrumento de poner coto al poder y autoridad de los señores"⁴⁶.

En el plano legislativo, -al que no sólo se le debe dar el mero valor de disposición obligatoria, sino el de la intención para la que es dictada la norma-, la **Instrucción de**

⁴⁶ KAGAN, R.L. "Pleitos y pleitantes en Castilla. 1500-1700". Pág. 36

Corregidores de 1888⁴⁷ en sus primeros capítulos hace mención a aspectos generales de la Justicia y su Administración: deberán advertir los corregidores a las justicias de los pueblos que cumplan con la obligación, evitando proceder con parcialidad, pasión o venganza, y procurando por todos los medios posibles establecer y conservar la paz en todos los pueblos de su Jurisdicción. Al prohibir a los corregidores -y por extensión a los Alcaldes Mayores- comprar heredades o ejercer el comercio en el territorio de su jurisdicción, se hace en base a "remover todo lo que pueda servir de obstáculo para administrar la Justicia con toda entereza y libertad".

De la importante labor legislativa que llevaron a cabo los Reyes Católicos para fijar y controlar la administración de Justicia y la práctica procesal, hay que destacar la **Pragmática de 1500** que contenía la **Instrucción de Corregidores** que regulaba aspectos muy varios del oficio, y estaba motivada en parte por el abusivo ejercicio del cargo, lo que iba en perjuicio de los particulares en primer lugar, y consiguientemente del mismo reino: "Mandamos que todos los que hubieren de ir a cualesquier ciudades, y villas o provincias, o merindades o partidos de nuestros Reynos por nuestros Asistentes, Gobernadores o Corregidores, [...] durante el tiempo que tuvieren el oficio que les es encomendado, usen de él bien, fiel y diligentemente, guardando nuestro servicio y el bien común de la tierra que llevaren en cargo y el derecho de las partes"⁴⁸.

La intención del legislador va dirigida a proteger "el bien común y el derecho de las

⁴⁷ "Instrucción de Corregidores y Alcaldes Mayores del Reino" de 15 de mayo de 1888, No.R., 127, T11, L7.

⁴⁸ N.R. 1 y 2, T6, L,3

partes"; se encarga a los corregidores y demás oficios de Justicia territorial que en el ejercicio de su función sean **tutelados** ambos principios: se encomienda a la función jurisdiccional la protección de los derechos que puedan amparar a las partes, entendiéndose éstos derechos tanto los sustantivos como los procesales.

Gómez Negro hace un juicio **crítico** de la situación. En él, el estudio de la ciencia que enseña el modo acertado del arte de litigar "o de administrarse Justicia en nuestros Tribunales, es necesaria a todos los depositarios de la pública autoridad de cualquiera orden, y a cuantos intervienen en los juicios, y muy convenientemente a todo ciudadano de mediana fortuna, y en la que un sólo error puede causar la miseria y el deshonor de millares de generaciones"; el objeto de la práctica forense "no es otra cosa que enseñar a administrar rectamente la justicia en nuestros tribunales, ha hacer valer en ellos los derechos de los ciudadanos, [...] decretar en favor del agraviado o injuriado el uso de la fuerza pública, [...] de modo que mediante los trámites y procedimientos que ella enseña, se consiga una reparación la más acertada, pronta y llevadera de los perjuicios o daños que por desgracia haya irrogado un ciudadano a otro en su persona, honor o bienes, que es la inapreciable ventaja que la sociedad principalmente nos procura".⁴⁹

Se puede entender que consideraba a los Tribunales como depositarios de la autoridad pública, que vienen a reparar los derechos de los ciudadanos, como un beneficio social: la función de los Tribunales es la de proteger los derechos, y ésta función tutelar se lleva a cabo por el cauce del proceso. Se convierte así el proceso judicial, en general, como un camino o un método imprescindible para la declaración de lo que es de Justicia; en los

⁴⁹ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág.3

años finales de la Edad Moderna esta tendencia es clara por el relieve profesional de cuantos participan en la gestión judicial, y por la asunción en las conciencias individuales de la concepción procesal del Derecho.⁵⁰

Quedando así fijada la función del proceso, habría que distinguir dos vertientes de la misma:

- la declarativa, que puede a su vez suponer una mera declaración, una condena de hacer o no hacer, el estar o pasar por un derecho, o su constitución.

- la ejecutiva, como resultado último del proceso, ya que la sentencia sólo contiene una mera declaración supone una condena, ha de ser ejecutada.

d) dinámica formal y reglada del proceso: sucesión de actos interdependientes y coordinados en un marco jurídico.- Ya se ha dicho más arriba que el proceso se plasma en la realidad social y jurídica como un conjunto de **actos** interdependientes y coordinados entre las partes y el tribunal. Son por lo tanto actos jurídico-procesales, que como elementos del proceso están regulados por las normas procesales, en cuanto establecen sus requisitos y formalidades, constituyendo en sí mismo su elemento definitorio frente a otros actos jurídicos ajenos al proceso, en los que el elemento fundamental y determinante es la expresión de una voluntad individual sin sujeción a formas. Mientras que en el proceso la voluntad de las partes queda sometida a unas normas que le confieren el valor procesal.

"El procedimiento Judicial recorre un camino sujeto a una rigurosa policía jurídica, garantía de la Justicia, y pasa por varias etapas (trámites), de duraciones limitadas (términos), pudiendo utilizarse al efecto

⁵⁰ MARAVALL, Ob. Cit. Pág. 430

únicamente determinados días y horas
(tiempo hábil)"⁵¹

El proceso se articula en cinco grandes nudos sucesivos que van dando paso a las fases procesales. Cada una de las fases está integrada a su vez por aquellos actos que sólo pueden hacerse según un orden y un momento establecido, sujetos además a determinadas formas y solemnidades. Cada uno de los actos que integran un momento judicial tiene caracteres jurídicos similares, adquiriendo así las fases del proceso un carácter cerrado y preclusivo, que condiciona la actividad de las partes y la del juez.⁵²

Los actos procesales son **interdependientes**: su valor no viene dado por sí mismo, sino por el acto del que procede o por el que va dirigido. Las partes presentan sus alegaciones ante el Juez o Tribunal, que después de examinarlas, les da el cauce procesal necesario para que, una vez finalizados todos los trámites, se pueda dictar sentencia. Para llegar a la sentencia, se han de llevar a cabo los trámites necesarios mediante actos procesales: el proceso avanza mediante actos que se suceden en una dimensión temporal y que constituyen la propia dinámica del proceso mediante la intención de las partes manifestadas en la acción y las del órgano jurisdiccional manifestada en la jurisdicción; todos los actos van enlazados entre sí como una cadena de antecedentes y consecuentes.

e) las formalidades procesales: su necesidad y sus efectos.-Una de las características de los actos procesales que mayor consecuencia tuvo para la admistración de justicia, fue el de la **formalidad** entendida como un requisito para su validez. Las

⁵¹ MARCOS PELAYO F. Ibidem Pág. 134.

⁵² PEREZ PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACO, "Curso de historia del Derecho español", Pág. 1272.

exigencias de formas en los actos de los procedimientos judiciales tiene un origen claramente romanista, completado por la aportación del Derecho Canónico, que llevó con el tiempo a dar envaramiento y rigidez a los pleitos, y a complicar y alargar su tramitación. La formalidades procesales, unidas desde luego a otras causas, fueron el origen de distorsiones en la práctica de los tribunales; no lo fueron solamente por sus efectos intrínsecos (rigidez y compliación del lenguaje, nulidades sobrevenidas, retraso en el trámite), sino también por sus consecuencias hacia el exterior. Las formas procesales fueron uno de los medios utilizados por los llamados "curiales" para entorpecer y dilatar los pleitos, recargar innecesariamente el proceso de actos, y sobre todo generar mayores gastos en las partes, gastos que resultaban directamente proporcionales a los ingresos de procuradores, abogados, escribanos y algüaciles.

En principio hay que distinguir dos tipos de formas procesales:

- aquellas que por regulación expresa de la ley imponen que determinadas actuaciones se realicen dentro de unos requisitos sin los cuales ese acto carecería de garantías para los particulares, tales como las **llamadas** al proceso, ya revista la forma de citación o emplazamiento, en las que coinciden doctrina y legislación en que deben realizarse con determinados requisitos que garantizan que la litis ha llegado a conocimiento de la otra parte, en su contenido y en su tiempo. La forma de hacerse las pruebas de testigos, por otra parte una de las actuaciones de los pleitos que dieron lugar a mayor actividad desde la Edad Media hasta el siglo XIX, estuvo fuertemente condicionada a requisitos que afectaban al juez, al escribano, y sobre todo a los testigos: Su observancia era trascendental para que finalmente no fuesen impugnados los testigos o sus declaraciones.

- las formas procesales no esenciales, en muchos casos superfluas, y a las que se les ha venido atribuyendo muchos de los males que tradicionalmente se han achacado al funcionamiento de la Justicia. Uno de ellos, el de la excesiva duración de los pleitos debido a actuaciones innecesarias, es considerado por **Muratori**⁵³ como una de las causas de los defectos de la Jurisprudencia, del que hace responsable a los profesionales del foro: abogados, procuradores y escribanos, ya que cuanto más se alarguen los pleitos, mayores beneficios les reportan:

"es pues indecible cuantas invenciones, obstáculos y escapatorias han encontrado, y pone en práctica todos los días aquella ciencia cuyo objeto es administrar justicia, para que ésta, o jamás se haga, o se haga lo más tarde que se pueda"⁵⁴

Al traductor de la obra, Licenciado Vicente M^a de **Tercilla**, se deben las notas que aparecen a pie de página; en una de ellas⁵⁵ nos dice que:

"Es cosa de admirar en algunos procesos que una gran porción de sus foxas se reduce a pedimentos de término, acusaciones de rebeldías, y otras dilaciones de ésta clase, que pudiera muy bien evitarse si hubiera menos indulgencia en los Jueces respecto de los Curiales, que freqüentemente usan de éstas tranquilas sin causa legítima que las cohoneste".

El mismo Licenciado Tercilla, se hace una reflexión sobre éste aspecto de la

⁵³ MURATORI, L.A. "Defectos de la Jurisprudencia".

⁵⁴ Ibidem Pág.145

⁵⁵ Ibidem, Pág. 147

práctica judicial, y llega a la conclusión que, "ya que los términos señalados por nuestras leyes para la sustanciación de los juicios" no alargarían un pleito más allá de seis meses, se debe a la poca actividad de los "Curiales" y a la multitud de causas que se ven precisados a dar curso. De lo que se deduce del contexto general de éstas notas, en el término "Curiales" no incluye a los jueces, a los que más bien coloca frente a éstos en su actividad, luego estaría haciendo responsables de la dilación y complicación de los pleitos, por poca actividad, a abogados, procuradores y oficios que intervienen en la administración de Justicia. Desde luego no coincide con el criterio de Muratori, que responsabiliza a los letrados del foro de los males de dilación por exceso de actuaciones o de actuaciones superfluas.

En esta cuestión de las formas procesales, hay que tener en cuenta que la rigidez podía venir impuesta por la ley, para aquellos requisistos de forma que resultaban esenciales para la validez del proceso, o simplemente por los hábitos de la práctica. La concreción de la forma material de las actuaciones de los pleitos, su reiteración, inutilidad y complicación del lenguaje, era coincidente en las "dos orillas" de la actividad procesal: los abogados y procuradores, como voz y expresión procesal de las partes, resultaban un riesgo para una posible simplificación de las actuaciones, pues los mismos juristas utilizaban términos como "ritualidad" y "rituarios" para referirse al marcado carácter formalista. Los actos que emanan del juzgador (alcaldes, corregidores, oidores) no están sometidos en general a las formalidades superfluas derivadas de una práctica profesional viciada; contenían formas expresivas muy simples, con simples ordenes de impulsión del proceso: *únase, a los autos, traslado a la contraria para que alegue lo que a su derecho*

convenga. la mayoría de estos escuetos mensajes se resumían en cláusulas de estilo, manteniendo una línea escueta y sencilla. Y en lo que se refiere a los autos y sentencias, llama poderosamente la atención su escasez expresiva, resolviéndose casi exclusivamente con cláusulas de estilo: *vistos los autos, debemos de fallar y fallamos, así por esta mi sentencia*. Lo que es "el decir" más importante de un pleito; es sorprendente el contraste entre este tipo de actuaciones jurisdiccionales y los actos de simple trámite que proceden de los escribanos en su mayoría, y que por ser oficios arancelarios son reiterativos y excesivamente formalistas. En un pleito seguido en Paredes de Nava ante el Alcalde Mayor en año 1796, y cuya tramitación dura solamente cinco meses escasos, se producen hasta cinco recusaciones de asesor, consecutivas, con sus peticiones, autos y notificaciones⁵⁶. Se puede pensar que esta reiteración puede ser debida al imperfecto sistema de recursos del derecho castellano, que propiciaba la ilimitada sucesión de actos, de las partes; pero el hecho es que la práctica del foro admitía y permitía conductas procesales absurdamente ilimitadas.

Pero uno de los ejemplos más claros de lo que podía llegar a complicar un acto por su forma, debido al beneficio que ésta complicación aportaría al escribano y al receptor, son las Reales Provisiones que emitían las Chancillerías y Audiencias para la práctica de distintas diligencias: compulsas, confesiones, informaciones testificales. La farragosidad innecesaria del escrito puede llegar a hacer perder el sentido de lo que se lee: después de encomendar a las justicias que se cumpla lo que se va a ordenar, y de insertar en la provisión los pedimentos literales de las partes, se recuerda que antes de practicarse la

⁵⁶CHAN. VALL. P.A. 3581.

prueba de testigos (objeto de la Real Provisión), han de constar:

"antes y primero que comenzaren dicha probanza estar citada la parte de los precitados Bernardo Alaiza y Gabriel Pedril, por si quieran dentro del segundo día nombrar a su **Escribano acompañado**, que se junte por el vos nombrado para que por ante ambos a dos los dichos Escribanos pase y se haga la dicha probanza y no le nombrando y juntando dentro de dicho término según dicho es, mandamos pase y se haga por ante el sólo por vos nombrado, lo cual valga y haga tanta fe y prueba como si por ante ambos a dos los dichos Escribanos pasaran y se hicieran"⁵⁷.

El lenguaje procesal se fue convirtiendo en reiterativo, farragoso, repleto de fórmulas y cláusulas de estilo, pero sobre todo de difícil comprensión para aquellos que no tenían conocimientos, no ya de derecho, sino de la práctica judicial. Era un reflejo de un sistema de burocracia que vivía condicionada por las formas y los estereotipos. El que los pleitos sean largos y costosos, era un hecho admitido por todos aquellos que en algún momento se habían acercado a la realidad de la justicia; la expresión referida a "*lo largo y costoso de los pleitos*" se utilizaba casi como una disculpa a modo de cláusula de estilo

Existía la conciencia de la extralimitación de las partes y de los tribunales en las formalidades de los actos procesales "por la arbitrariedad con que se entendían las Leyes del Reino y se autorizaban en los juicios prácticas enteramente contrarias o muy poco conformes con ellas"⁵⁸. La Novísima Recopilación recoge una disposición ya recogida en

⁵⁷CHAN. VALL. P.A.. 3782.

⁵⁸ CONDE DE LA CAÑADA. Ob. Cit, prólogo IX.

la Recopilación anterior, por la que se facilitaba al juez el dictar sentencia "sin pararse en las sutilezas del derecho"⁵⁹; esta disposición es la Ley 1 del Título 12 del **Ordenamiento de Alcalá**, que basándose en que con frecuencia una vez finalizado el pleito a de ser declarado nulo lo actuado por **defecto de forma en su tramitación**, con el consiguiente perjuicio para las partes y mayor trabajo para la justicia "cuando desfallescien de las solemnidades y sustancias de las solemnidades de los juicios que los derechos mandan", se dicte sentencia según la verdad hallada y probada. **Tapia**, al adicionar a Febrero, dice que "ésta ley se refiere a las sutilezas o formalidades prescritas por derecho romano, más no de las solemnidades que según nuestras leyes deben intervenir en los juicios"⁶⁰. El

Conde de la Cañada matiza que esta ley recopilada:

"aunque removi6 ciertas solemnidades que embarazaban el curso y decisi6n de los juicios, y quisieron que cada uno se obligase del modo que le pareciese, y que se determinasen los juicios, sabida la verdad, sin detenerse en escrupulosas solemnidades, aunque fuesen correspondientes al orden y sustancia de los mismos juicios, mantienen sin embargo las cosas esenciales"⁶¹.

El hecho de que legislador y doctrina fueran conscientes de que las solemnidades podían entorpecer el buen orden en la tramitación de los pleitos, también estaba aclarando que las formalidades y solemnidades no podían valorarse con el mismo criterio para ser evitadas,

⁵⁹ N.R. 10.17.4.
NoR. 2.16.11

⁶⁰ TAPIA , Ob. Cit. Pág. 54.

⁶¹ CONDE DE LA CAÑADA, "Instituciones prácticas"

ya que no todas eran superfluas y sí muchas fundamentales para dar validez a los actos procesales: requisitos de claridad y expresividad en las demandas para que sean válidas (14, T3, L11 No.R.), requisitos del emplazamiento (14, T4, L11, No.R.), recibimiento a prueba después de concluso el pleito (11, T10, L11 No.R.). Lo que ocurría en la realidad era quizás un poco sorprendente, pues los hábitos eran tendentes a mantener determinadas formas innecesarias, con rigor y pertinacia, y al mismo tiempo se encuentran pleitos en los que, bien las partes o el órgano, no respetaban el llamado **orden de los juicios**, eliminando trámites o variando el prescrito. Así ocurría en un concurso de acreedores que se siguió ante el Alcalde mayor de Segovia entre 1772 y 1778, después de tres meses de inactividad procesal, los acreedores presentan un escrito pidiendo que se active el asunto; transcurridos otros tres meses, el juez dicta un auto de recibimiento a prueba; el requisito formal de **tiempo** es evidente que no ha sido respetado.⁶² En un asunto que se inicia como “no contencioso”, pidiendo la tutela de una menor, se produce una oposición de la madre de la niña, con lo que el juez convierte el asunto en un pleito “contencioso”, dándole todo el trámite necesario, pese a las numerosas protestas de la demandante que insiste varias veces en que lo que se está resolviendo es materia de otro procedimiento, con lo cual se está vulnerando el llamado orden de los juicios.

Gómez Negro, en la introducción de su obra hace unas reflexiones a cerca de lo que es la práctica de los tribunales, en las que reconoce el valor de autores clásicos, como Arnaldo y Heineccio, y de los prácticos del XVIII entre los que destaca a Sala, Asso, Hevia Bolaños y Febrero pero reconoce la existencia de defectos:

⁶² A.H.P.S. J-1188/12

"desconocida su importancia y elevados orígenes, apenas se creyó que tenía otro que el estilo y uso de los juzgados, y la facilidad de alterarse éste, y el abuso que de ella hicieron alguno dependientes faltos de luces, y aún acaso de la probidad conveniente, hizo mirar a la práctica como el arte odioso de enredar un litigio, y hacer que perezca la justicia y la inocencia por lo largo y tortuoso de las formas útiles sólo en tal caso, para los que de ella se mantienen"⁶³.

Pero a pesar del talante con el que se valoraban las prácticas judiciales, los usos de los tribunales llegaron a establecerse con carácter de obligatoriedad. Es ilustrativo el ejemplo que refiere el **Conde de la Cañada** al hablar de los escritos de conclusiones de las partes. Las leyes recopiladas daban el término de seis días a cada una de las partes para formular sus conclusiones, pero en realidad esta norma no se estaba cumpliendo, pese a su carácter imperativo, ya que se acusaban varias rebeldías en este trámite normalmente. Para evitar esta situación, El Consejo dió una disposición en la que se exigía firma de letrado en el escrito de conclusiones, como una forma de salvaguardar los términos, pues se suponía que los abogados serían más respetuosos con los plazos, y que en el caso de no poder cumplirlos, sería debido a razones profesionales, tales como exceso de asuntos a despachar. La exigencia de la firma de letrado permanecía, -estamos en 1794- pese a que como cuenta el autor, no halló la providencia *en las escribanías de gobierno ni en las de justicia, ni en el archivo; pues la hice buscar en estas oficinas con el fin de señalar el tiempo de su expedición, y las causas que la motivaron; pero todos los que sirven estas oficinas*

⁶³ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 10.

*contestaron su certeza y su observancia, y yo lo veo practicar así constantemente.*⁶⁴

Para concluir, los actos procesales en los pleitos civiles que se tramitaban en Castilla en el último tramo absolutista, estaban sujetos a requisitos de forma; en unos casos con carácter sustantivo al acto en sí, y en otros como una consecuencia de la magnificación por parte de los profesionales del derecho que intervenían en su tramitación de las formas superfluas no necesarias para dar validez al acto procesal.

Llegados a este punto en la crítica a la actuación de la Justicia, como una actividad del poder de la Monarquía, en la que se resaltan sus defectos, conviene hacer una reflexión sobre algo que era difícil de ser negado. **La actividad de la "Justicia" no era eficaz**; no satisfacía a casi nadie, y salvo reconocimientos dentro del propio sistema, muchas veces revestidos de una máscara de autoengaño, las voces que clamaban contra el mal hacer de los oficiales de justicia, los abogados y procuradores, se hacían oír desde muchas posiciones. La literatura no especializada siempre reservó una parcela de sus obras para criticar la situación; algunos Abogados que ejercían su profesión y la amaban, como fue el caso de **Berní y Catalá**, no pudieron dejar de emitir juicios negativos sobre el sistema. Finalmente, autores no tan excesivamente prácticos, sino con un poso de conocimientos y formación, (**Mora y Jaraba y de Castro**) también aportaron sus comentarios negativos e hirientes sobre la forma y el sistema con el que se estaba administrando la Justicia en Castilla. Hay mucha desesperanza en algunos de ellos, pero su aportación también tuvo un aspecto más positivo, pues en la mayoría de los casos, una vez enumerados los errores y defectos de lo que ellos llamaban "la Jurisprudencia", aportaban posibles soluciones para

⁶⁴CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 87.

que los vicios se pudiesen combatir y remediar. Muchas de estas soluciones partían simplemente del sentido común, sin que se hubiesen experimentado ni tan siquiera parcialmente, pero que en algunos casos su sentido y su buen criterio, en caso de haber sido atendido, podrían haber supuesto el comienzo de un cambio de mentalidades en las estructuras y en la actividad procesal. El verdadero problema fue que sus propuestas se quedaron en intenciones, sin que llegasen a ponerse en práctica. Pero sí hay que darles un valor, y fue el propio sentido de la honestidad que les hizo cuestionarse aquello que los profesionales del Foro estaban haciendo y cuales eran sus consecuencias, para desde ahí influir en mentalidades sucesivas, que tuvieron en cuenta sus comentarios en los momentos en los que el Estado Liberal puso manos a la obra de estructurar el sistema de Tribunales y en Codificar las leyes. Aunque muchos de los defectos siguieron perviviendo, y perviven ahora todavía, pues es difícil evitar el poner en relación situaciones del pasado con la actualidad: la justicia, como poder del Estado de Derecho, no satisface a sus administrados, y lleva décadas siendo cuestionada y criticada desde los más diversos sectores sociales y políticos.

Los escritores jurídicos, con una visión cuestionadora de la situación de la Justicia en general, que escribieron en el siglo XVIII, mantenían líneas de pensamiento que resultaban comunes, y aspectos concretos de la crítica que partían de los mismos planteamientos. Es fácil entonces hacer un catálogo del objeto de sus críticas y de esta forma tener una visión en conjunto sobre cuales eran los aspectos de la administración de Justicia que los contemporáneos consideraban que resultaban más perjudiciales para los administrados.

1º.- Exceso de leyes.- Los cuerpos de leyes, en general en las monarquías Europeas y en concreto en la Española, se habían formado por acumulación y yuxtaposición, para resolver problemas concretos o para interpretar los puntos dudosos de la aplicación del Derecho Común. Su falta de cohesión interna, sin derogaciones ni supresiones, había dado lugar a que la legislación real se viese por los juristas como un cuerpo legal deforme y deformado por su hipertrofia. Pero el problema no quedaba solo ahí; los abogados y juristas, cuando se referían a leyes, no lo hacían solo a las de la legislación real, sino que ampliaban su campo de acción al conjunto del Derecho Común, como fuente de creación del Derecho. Sería más correcto interpretar como derecho a aplicar el conjunto de normas utilizadas, que como leyes en sentido estricto. Esta realidad evidente y profunda del sistema legal castellano, era sentida y sufrida por las personas que vivían del derecho pues el exceso de leyes "produce confusión, facilita el olvido, imposibilita a la observancia, motiva desprecio, contrariedad, interpretaciones y pleitos".⁶⁵ La consecuencia más inmediata era la dificultad que suponía la aplicación del derecho en las cuestiones procesales y en la resolución de los pleitos, pues se hacía más dificultoso su despacho, porque la multitud de leyes sólo servían para confundir a los jueces, suministrándoles asideros de donde agarrarse, y por último dilatar más las decisiones, bajo el pretexto de averiguar bien al verdad".⁶⁶ El fárrago del mundo legal resultaba un factor desestabilizador del funcionamiento del sistema. Para el momento histórico que estamos estudiando, hay que tener en cuenta las críticas a la enseñanza y a la práctica del derecho Común, que al fin y

⁶⁵ BERNI Y CATALÁ, Ob. Cit. Pág 3

⁶⁶ MURATORI, Ob. Cit. Pág. 158

al cabo formaba parte del cuerpo de derecho que se utilizaba en la formación de las alegaciones y en las decisiones de los pleitos.

2º.-Exceso de autores y de opiniones jurídicas.- La formación del derecho en general se había visto condicionada, desde el siglo XIII, por los métodos y formas de la escolástica, lo que había originado precisamente aquello que supuso el descrédito del Derecho Común: su exceso de opiniones y su terrible nebulosa de interpretaciones. Si en un principio, era un cuerpo y un sistema de derecho que tenía como valor principal su coherencia interna, se vio pronto desbordado por el desarrollo del sistema de comentarios, discursos y disertaciones. Sistema que contenía en sí mismo el agravante de pretender formar opiniones tendentes a argumentar supuestos de soluciones según convenían en cada caso concreto, por lo que sobre situaciones similares los autores abundaban en dar soluciones contradictorias y opuestas. La sensación de confusión que producía entre los juristas este panorama debía ser terrible, casi más que la que les producía el hecho de la inmensidad de las leyes, pues las doctrinas eran más versátiles y variables que la legislación o las normas fijas del derecho. La creación del derecho por la vía de la interpretación se había desbordado de los cauces de la ley, para inundar el mundo jurídico en general, y el procesal en concreto, de tal diversidad de opiniones que hacía que su manejo fuese un verdadero laberinto para aquel que pretendía entender su práctica.

La gran cantidad de obras jurídicas, había dado lugar a multitud de criterios y conceptos, hasta tal punto que *lo cierto y verdadero se hace con apariencia de dudoso*.⁶⁷ Lo que los autores se cuestionan y critican, no es propiamente el contenido de las leyes

⁶⁷ BERNI Y CATALÁ, Ob. Cít. Pág.4

como tales, sino las elucubraciones doctrinales que sobre las normas del Derecho Común habían formado los autores, ya que estas normas habían tenido fuerza de ley en otros lugares y en otros momentos, sin que deban conservar más valor para el derecho que la de simples opiniones.⁶⁸ La consecuencia inmediata del excesivo número de opiniones doctrinales sobre el derecho, no fue precisamente el facilitar la comprensión de las leyes, sino que más bien *este torrente de obras legales, que de hacer más difícil, enredada y escabrosa la jurisprudencia, y más inciertos y dudosos los juicios del que ha de administrar la justicia.*⁶⁹ Y la consecuencia mediata del problema, fue el hecho innegable, que lejos de servir para mejorar los pleitos, contribuyó a relentizarlos, complicarlos y a generar nuevos y interminables litigios. En el divertido artículo que escribe **Mesonero Romanos** en 1837, "Hablemos de mi pleito", momento en el que todavía pervivían formas y estructuras de la época anterior, nos cuenta que su pleito comenzó con las personas de tres generaciones anteriores y que mientras los autos se han ido rebusteciendo con el fecundo raudal *de la sabiduría de jueces y abogados* las viñas que fueron el objeto inicial del conflicto, han desaparecido.⁷⁰

3º.-Excesivo número y duración de los pleitos.- Este es un aspecto del sistema procesal castellano que siempre estuvo presente en las conciencias de los afectados. Los castellanos veían con desconfianza el hecho de pleitear, consideraban esta situación como

⁶⁸ MORA Y JARABA, Ob. Cit. Pág 4

⁶⁹ MURATORI, Ob. Cit. Pág.26

⁷⁰ MESONERO ROMANOS, "Escenas matritenses", Hablemos de mi pleito. En ALAMILLO SANZ, "La Administración de Justicia en los clásicos españoles", Pág.122.

de desastre, y hasta refranearon con ella, cuando decían que *pleitos tengas y que los ganes*, como una forma de advertir que una vez en la contienda, sus resultados podían perjudicar a cualquiera. Pero al mismo tiempo eran pleiteadores en su misma esencia. En el estudio de **Kagan** sobre la litigiosidad castellana en el siglo XVI,⁷¹ está claro por los datos analizados que los castellanos ya en este momento eran “afectos al litigio”. Dos siglos después continuaban siéndolo pues los que en este momento escribían sobre el problema así lo dejaban claro. Este exceso de pleitos se puede ver de una forma relativa: eran muchos para el número de tribunales existentes que tenían que sustanciarlos y resolverlos; o desde un perspectiva absoluta, en la que sin tener en cuenta la relación número de pleiteantes/número de jueces, se habría de valorar si realmente en Castilla existía una tradición pleiteadora que llevó permanentemente al alza de la litigiosidad. **Kagan** apunta a varios factores que podían influir en esta actitud de los castellanos, desde el hecho de ser una sociedad corporativa y fraccionadora, hasta la “profesionalidad perversa” de los profesionales del Derecho. Quizás las causas sean varias, complejas y sobre todo profundas, pero la realidad para el siglo XVIII era ciertamente una tendencia hacia el litigio que estaba presente en la vida social. Son tan frecuentes los pleitos entre madres e hijos, suegras y nueras, tios y sobrinos, madrastras e hijastros, que desde luego no se puede dejar de pensar en una cierta limitación de esta sociedad para resolver sus disputas endogenamente, cuya consecuencia inmediata es el recurrir a que sean resueltas por **la justicia del rey** como símbolo de máxima autoridad y poder. Entre el pleito y la guerra hay poca diferencia,

⁷¹Ver KAGAN “Pleitos y pleiteantes en Castilla, 1500-1700”

siendo la guerra un pleito público, y el pleito una guerra oculta;⁷² la idea de confrontación, de enfrentamiento de persona y de intereses referidos directamente a ellas está en la propia raíz de los pleitos.

Pero además de muchos, los pleitos se hacían largos. En el artículo de Mesonero Romanos⁷³ que se ha mencionado anteriormente, nos cuenta como su pleito lo heredó de un tío, que lo había recibido de su padre, habiéndose hecho cargo este a través de la bisabuela, que a su vez lo heredó de parientes anteriores. En el pleito en cuestión habían recaído catorce sentencias, cinco favorables al que escribía y cinco a la parte que le era contraria, y otras cuatro que nadie había sabido descifrar. La descripción es expresiva de una realidad. Pero ¿cuales eran las causas de esta desfasada situación?. Desde luego que también debían ser diversas, en primer lugar estaba la intención personal del que litigaba, sus sentimientos, sus odios, sus temores o deseos. Intención que se llevaba hasta extremos inimaginables con tal de conseguir una victoria sobre el contrario; para ello no dudaban en mentir a sus asesores jurídicos en perjuicio de la otra parte. Una vez en marcha el litigio, no sólo se pretendía conseguir lo que inicialmente se había pretendido, sino también que el contrario no pudiese salirse con al suya, hasta el total antagonismo. Nos lo dice **Mesonero Romanos**, cuando habla de su adversario en "su pleito" y de que la "obstinación respectiva heredada y adquirida es tal, que ni que fuéramos partidos políticos, y antes consentiríamos en perder ambos la existencia que acercarnos al menor término de

⁷² BERNÍ Y CATALÁ, Ob. Cit. Pág 5

⁷³ MESONERO ROMANOS, Ob. Cit. Pág. 123

transacción y de acomodo".⁷⁴ Pero además, esta actitud personal, condicionaba a los propios abogados, es *la inquietud natural de los hombres [...] que halla en su principio claras determinaciones de derecho que la contengan, luego se disipa; si no hay este freno, se alienta más o menos con la perplejidad de las leyes*, lo que hace necesario que intervengan jueces y abogados.⁷⁵

Bien, este sería un factor, el personal y subjetivo del pleiteante, aunque excedía del puro ámbito de la subjetividad para trascender hacia actitudes colectivas y de grupo. Pero los pleitos se hacían largos también por los trámites procesales. En principio, estos trámites, según la regulación que de los mismos se hacía en las leyes reales, no tenían por que ser tan dilatados, pues con la ley en la mano un pleito no debería durar más de seis meses .

Si la situación era esta, y lo era, su complicación resultaba ajena a la ley. No se complicaban los trámites de un pleito por que la ley dispusiese tiempos exagerados o vueltas complicadas; era la actitud de los profesionales del foro la que daba lugar al exceso de los trámites. pues *cuanto más se alargan los pleitos, tanto mayor utilidad resulta para los abogados, procuradores, agentes y escribanos, y [...] cuantos más actos judiciales se hacen, tanto más se aumentan las costas de los pobres litigantes*.⁷⁶ Luego el problema no está en la ley sino en las personas, en sus actitudes y en sus actuaciones. Las profesiones que intervenían en el hacer forense arrastraban una larga tradición de tendencia al enriquecimiento fácil, y la vía más utilizada era la de aumentar sus ingresos según lo que

⁷⁴ Ibidem.

⁷⁵ DE CASTRO, "Discursos críticos" Pág 104

⁷⁶ MURATORI, Ob. Cit. Pág. 144 .

se hiciese en los pleitos. El sistema de percepciones por arancel fue quizás el origen de que los profesionales del foro encontrasen en el exceso de actuaciones una fuente perfecta de ingresos. Su código deontológico era muy escaso y difuso, y embarcaban a los litigantes en pleitos insostenibles para así obtener un claro beneficio; y una vez que se iniciaba la contienda procesal, no paraban en barras para complicarla, alargarla, distorsionarla y hacer de ella una fuente de riqueza: "la prodigalidad de los pleitos sin disputa, nace de las confusiones que inventan los abogados y procuradores. Suelen estos a veces torcer el sentido del Ley, oscurecer la justicia de las partes, y enredar un nudo más difícil de desatar que el Gordiano".⁷⁷ Pero no sólo se puede imputar este defecto a los letrados, procuradores y escribanos; los jueces, con sus actitudes pasivas y consentidoras, sin poner freno a las insistentes dilaciones de las partes, también colaboraban a empeorar la situación. **Juan Francisco de Castro** uno de los autores más sinceros e inmisericordes con los defectos de la administración de justicia del siglo XVIII, nos decía que *los pleitos se multiplican y se hacen más prolongados y difíciles en donde hay más abogados, destruyendo unos cuanto otros edifican, haciendo bien difícil el problema, si el daño que ocasionan los malos en la República, es menor que la utilidad que de los buenos se recibe*.⁷⁸

Dicho esto, se puede entender que resultase complicado romper una inercia de siglos en la que estaban implicadas diversas profesiones y variados intereses personales y de grupo.

Todo el conjunto de estos actos, configuraban la práctica forense, práctica que al

⁷⁷ BERNI CATALÁ, Ob. Cit. Pág 5

⁷⁸ DE CASTRO, "Discursos criticos", Pág 103

final de la época moderna estaba bastante desprestigiada. **Gómez Negro**, ve en el mal uso que se venía haciendo del estilo de los tribunales, y en el abuso que de ella [la práctica forense] hicieron algunos dependientes, con pocos conocimientos y con escasa honestidad, las causas de que la práctica forense se entendiese como *un arte odioso de enredar un litigio, y hacer que perezca la justicia y la inocencia por lo largo y tortuoso de sus formas.*

Además, de los malos usos que en el foro hacían los profesionales del derecho, se llegó a constituir en norma para los tribunales, con lo que el perjuicio seguiría vivo y sancionado con carácter de Ley.⁷⁹ Lo que no sabía nuestro bien intencionado autor, es que desde esta plataforma, las perversiones procesales de la práctica se catapultaron hacia la Ley de Enjuiciamiento de la segunda mitad del S. XIX

En este apartado hay que hacer una especial mención a la participación que los **abogados** tuvieron en este desastre. Los abogados, como letrados en ejercicio de una profesión eminentemente práctica vieron proyectada gran parte de su actividad profesional hacia la sociedad; sus estudios y dictámenes "vertían" hacia el exterior desde el momento que eran utilizados en procesos con publicidad, sus alegaciones se unían a los pleitos y eran conocidas por las partes en el litigio. Era, en suma, una actividad que se conocía y sobre la que se opinaba. Es innegable que en toda profesión corporativa, no todos sus miembros pueden ser juzgados por su actitud con el mismo resultado; hay que suponer que habría abogados responsables, estudiosos y preocupados por su profesión, como también que los habría menos profesionales y más deshonestos. Pero lo cierto es que la literatura castellana, desde la Edad Media está llena de comentarios negativos hacia los abogados. ¿Eran todos

⁷⁹ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 10

tan deshonestos?, no es posible pensar eso pues si así fuese sería una profesión de delincuentes y habría acabado al margen de la legalidad; quizás habría que pensar, y esto es una hipótesis, que el odio que despertaba el sistema judicial en sí mismo [no sólo por sus defectos, sino por una actitud muy humana: el que pierde, piensa siempre que tiene razón y que no se la han dado, luego la justicia no es justa] se personalizaba en los intervinientes en la mecánica procesal. Si además estos intervinientes no actuaban siempre con la suficiente honestidad y rigor profesional, era lógico que acabasen siendo odiados los más representativos, que era a quien se les entregaba el dinero en cuestión; y los que más llamaban la atención de las personas que se veían metidas en pleitos eran los escribanos, pues controlaban realmente el "trajín procesal", y los abogados que al fin y al cabo daban opiniones sobre los asuntos. En este rechazo ancestral a las profesiones y oficios del foro, quedan mejor parados los jueces que los abogados; es posible que fuesen más exactos y celosos cumplidores de sus obligaciones, o que hubiese menos excepciones a una tendencia general a mantener las formas, pero también es importante no olvidar que la justicia mantenía, y mantiene, un cierto halo de sacralización, y en este contexto es difícil cuestionar si un juez desvía sus actos para conseguir mejor beneficio de su oficio. Desde luego que también los jueces cometían errores, eran corruptos, interesados en sus decisiones y poco instruidos; prueba de ello es que también la literatura arremete, aunque en menor medida contra ellos, y desde luego, toda la legislación que desde el siglo XV dió la Monarquía para controlar minuciosamente su actividad, así como las obras dirigidas a enseñar a los jueces la correcta forma de ejercer bien su oficio. Pero el caso es que realmente, a los abogados se les criticaba más. Se les acusaba, despiadadamente, de enredar

a la gente para que pleitease, aún a sabiendas que no había razón para ello, y se basaban en que siempre habría una ley o una doctrina favorable a su planteamiento ; se les reprochaba complicar las actuaciones para cobrar más salarios, y hasta el preparar testigos no muy auténticos, *y por eso hierva el mundo en discordias, porque estos comen en los pleitos y en las manotadas*.⁸⁰ La sabiduría popular hizo que su patrón fuese San Ibo, al que se representaba con un gato a sus pies *porque el que en pleitos se mete lo menos malo que puede pasarle es salir añarado*.⁸¹ Pese a todo, no hay que olvidar que los letrados que trabajan en los tribunales, estaban formados en las Universidades, y con todos los defectos que ya conocemos, tenían una verdadera formación jurídica, por lo que , pese a las críticas, de ellos aportaron soluciones y saber procesal

1.4.- Líneas de evolución y fijación en el proceso civil.

El sistema procesal civil o privado que nos encontramos en el siglo XVIII, cuando todo el sistema jurídico está empezando a cuestionarse, procedía de un camino recorrido durante siglos. En este camino, una vez asumida la aportación del Derecho Común e incorporados los derechos locales, la legislación real de las distintas épocas medievales y modernas fue añadiendo aspectos que venían impuestos por la práctica y la realidad social; también supuso la fijación de los márgenes de este curso de evolución y desarrollo. Pero además hay que tener en cuenta dos grandes bloques de influencia en la formación del proceso civil; por una lado la **doctrina y la jurisprudencia** de los juristas teóricos y

⁸⁰ TORRES VILLARROEL, “Visiones y vistas de Torres con Francisco Quevedo por la Corte”. En ALAMILLO SANZ, *La Administración de Justicia en los clásicos españoles*, pag 92.

⁸¹ RICARDO PALMA, “El abogado de abogados”, Ibidem, Pág.23

prácticos, y por otro la determinante influencia de la **práctica de tribunales** en la fijación de lo que luego sería el proceso civil del Estado Liberal. Ya en los últimos tiempos del sistema, estas influencias se hacían de "ida y vuelta", pues la práctica real era admitida por los juristas prácticos, que al incorporarla a sus manuales procesales le daban un carácter más científico y colaboraban a su difusión y conocimiento.

Partiendo de que la doctrina jurídica, si se construye de espaldas a la realidad que la sustenta se está alejando de la historia, pues cualquier ordenamiento jurídico es de formación histórica, en la que se combinan los elementos jurídicos doctrinales con las condiciones sociales y económicas. Por ello *es imprescindible estudiar siempre las huellas de nuestros propios pasos, a fin de no perder la orientación y saber siempre en que punto y momento del camino de la historia nos hallamos.*⁸² Es por lo tanto de vital importancia conocer como la regulación y la práctica del proceso civil ha ido fijando en los distintos periodos históricos, desde el primitivismo arcaizante Altomedieval, con sus límites imprecisos, hasta el **practicismo catellano** que se desarrolla a la sombra de la escolástica desde el siglo XVI y que pervive hasta bien entrado al XIX. Entre ambos extremos hay todo un fortalecimiento de la importancia del juicio, del formalismo, de la escritura, de prácticas perversas por los oficiales de justicia, de controles reales sobre estas prácticas, de críticas y debates defensivos. En fin, todo aquello que nace de la propia actividad procesal y que va conformando durante seis siglos el mosaico "estratificado"⁸³ que la Codificación,

⁸²FAIREN GUILLÉN, "El juicio ordinario y los plenarios rápidos", Pág. 29

⁸³ En la Exposición de motivos de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 se dice que la ley se ha ido formando como se forman en geología los **estratos de aluvión**: "una serie no interrumpida de seis o más siglos y en cada uno de ellos condiciones o modos sociales de ser diferentes y varios, de cuyo influjo hijos son la

recogió como un legado, lo pulió, abrigantó con los principios liberales y constitucionales y nos lo entregó como la gran aportación de la historia al proceso; proceso mediante el que los ciudadanos, que ya no súbditos, deberían dirimir y solucionar sus conflictos privados.

A) Complejidad y lentitud frente a la simplicidad del período anterior a que se instaure el Derecho Común. En los momentos de escaso desarrollo político y social, como ocurre en los siglos anteriores a la recepción del Derecho Común, [el primitivismo de las instituciones, con la correspondiente escasez de órganos, y la simplicidad del derecho sustantivo] el desarrollo procesal es muy limitado y sólo tiene relevancia social y jurídica el proceso penal, resolviéndose las cuestiones privadas fuera del ámbito público. Precisamente la diferencia entre proceso penal y civil en este momento era prácticamente inexistente, no comenzando a perfilarse hasta que se produce la recepción del Derecho Común en el ordenamiento y la doctrina jurídicos.

En este período arcaizante, la cuestión privada se resolvía entre las partes, ante la asamblea popular, presidida por el señor cuyo papel era pasivo. El que el proceso adquiriera el carácter de público supone que se establezca una relación jurídica entre tres elementos personales, a través de la autoridad pública encargada de juzgar, cuya intervención puede obedecer a su propia iniciativa (ex officio) o la petición de una de las personas de la relación (justicia rogada): el proceso público es la base de todos los sistemas procesales siguientes⁸⁴. Con la recepción del Derecho Común, la influencia procedimental romano-canónica, se

multitud de disposiciones legales que mutuamente se excluyen, creando un manantial inagotable de dudas y un laberinto del cual no pueden salir las inteligencias más aventajadas; de ahí las causas del caos legal que nos oprime

⁸⁴ LALINDE ABADIA, J "Iniciación Histórica al Derecho Español", Pág. 758.

hizo notar en el ámbito de los procesos en general, con la aportación de formas procedimentales rituarías y actos procesales complejos, que supone la desaceleración en el desarrollo de un sistema procesal ágil y eficaz. El sagrado orden de los juicios se impuso sobre otros tipos más simples confiriendo a todo el proceso matices de lentitud, complicación y exagerada exigencia de formas procesales. El proceso se muestra así como un complejo instrumento, controlado por el poder de la jurisdicción, pero manejado a su antojo por las partes, que dió a la vida procesal de toda la Edad Moderna matices de desconfianzas y dudas en cuanto a su eficacia.

En este punto, es preciso analizar una cuestión, que aunque escasamente tratada por la historiografía, es sumamente trascendente para conocer la evolución del proceso en general, y del civil en particular. Se trata de la cuestión de la simplificación de los trámites procesales, estableciendo un tipo procesal **simplificado y pleno**, que supusiese una reducción del costoso proceso ordinario.⁸⁵ El sistema procesal que aportó el Derecho Común a los ordenamientos europeos en general, y al castellano en particular, suponía un importante tronco de derecho procesal conónico. Pero el proceso canónico era una adaptación del proceso romano a las necesidades procesales de la Iglesia, sin que supusiese un sistema nuevo y específico, sino que más bien era una adaptación desarrollada de unas formas y principios procesales que nacieron para solucionar problemas y realidades distintas de aquellas a las que ahora se pretendía aplicar. Los propios canonistas, ya antes

⁸⁵ Sobre este tema es fundamental la obra del profesor FAIREN GUILLEN, "El juicio ordinario y los plenarios rápidos. ("Los defectos en la recepción del Derecho Procesal Común; sus causas y consecuencias [...]). Las tesis mantenidas en este estudio son compartidas por el profesor TOMÁS Y VALIENTE, en "Gobierno e instituciones en la España del Antiguo Régimen"

de siglo XIII, tenían conciencia de la poca efectividad que tenía el “orden judicial solemne”, para casos muy concretos. Nace de ahí una crítica a los excesos formalistas y antieconómicos de este tipo de proceso; crítica que se venía haciendo desde la Edad Media, y que en mayor o menor medida estuvo presente hasta la Codificación. Los juristas estudiosos del Derecho Común, si fueron conscientes en su momento de la disyuntiva que se había planteado entre **orden solemne y forma procesal simplificada**.

La cuestión de establecer un orden procesal simplificado, surge en principio en algunas ciudades Italianas, en las que por vía estatutaria, se comienza a regular un proceso, que aunque de cognición plena, fuese rápido, oral, sencillo y poco tecnificado. Paralelamente aparece en el marco del derecho canónico, un proceso también simplificado en cuanto a los trámites, pero plenario para el conocimiento del juez, que dió lugar en 1307 a la Constitución del Papa Clemente V, conocida como “**Saepe contingit**”.⁸⁶ Con esta constitución, se pretendía frenar el avance de los procesos simplificados, concretando los requisitos a los que debían sujetarse, y fijando el poder del juez para tomar decisiones, una vez sabida la verdad. La cuestión tiene dos vertientes: una de ellas es la necesidad de abreviar los plazos y reducir las formas del *solemnis ordo iudiciarius*, y por otra parte, buscar los límites de un posible absolutismo judicial.⁸⁷

La reducción de las formalidades del proceso venía entendida por los canonistas como una necesidad surgida de las excesivas formalidades del proceso tipo, lo que hacía

⁸⁶ “A veces sucede, porque permitimos las causas, y mandamos a algunos de los otros proceder simplemente y de plano, y sin estrépito y figura de juicio “

⁸⁷ TOMÁS Y VALIENTE, “Gobierno e instituciones en la España del Antiguo Régimen” Pág 238

que cuando este tenía que ser aplicado a realidades no tan complicadas, resultase un instrumento costoso y complejo, incluso para el juez que debía manejarlo, pues en los procesos en los que intervenían jueces legos, la sujeción a las formas rígidas, dificultaba extremadamente el conocimiento del asunto en cuestión, así como la toma de una decisión definitiva. La Constitución **Clementina** era una respuesta a las dudas que podía suponer la sumarización que se venía utilizando por determinados jueces. **Fairen Guillén** hace un catálogo de los principios que informan el documento.

- Se produce una liberación de la litiscontestatio
- Se limitan las apelaciones interlocutorias
- Se admite una liberación general del orden legal de los actos, impuesto con gran amplitud anteriormente en el *solemnis ordo iudiciarius*.

-En la misma línea, también hay un acortamiento de los plazos y tiempos procesales.

- Se le concede al juez la dirección del proceso para poder repeler las actuaciones superfluas que las partes pretendan.

- También se le concede la posibilidad de cerrar la audiencia y dictar sentencia cuando encuentre el proceso suficientemente instruido.

- hay una supresión general de formalidades superfluas.⁸⁸

La supresión de la *litiscontestatio* suponía un gran cambio en las estructuras procesales. La doctrina había ido hiperdesarrollando esta institución procesal, como un medio de argumentar algunos principios que se pretendían mantener del proceso romano,

⁸⁸FAIREN GUILLÉN, Ob. Cit. Pág.44

pero realmente no era nada más que una ficción jurídica que ya desde la Edad Moderna no sostenía ninguna realidad concreta; la posibilidad de hacer que en determinados procesos no apareciese su necesaria preclusividad, hacía que la fase inicial del proceso resultase más simple, y por lo tanto más rápida. Los legisladores, más que los estudiosos del derecho, vieron en la *litiscontestatio* una actividad procesal inútil, pues “el campo de aplicación progresivo y la evolución perfeccionada de los nuevos juicios sin *litiscontestatio*, nos hace ver que en realidad se trataba de un nuevo camino abierto con todas sus consecuencias, por estimarlo fecundo, como así lo era y es”.⁸⁹

Pero lo cierto era que el antiguo “orden solemne” respondía a un tipo procedimental que servía para solucionar con carácter definitivo una cuestión, y en consecuencia venía sujeto a una posible amplia actividad de las partes y del juez. Pero al mismo tiempo, es decir, de forma paralela, la realidad social fue creando supuestos en los que el proceso estaría dirigido a evitar un peligro jurídico inminente, (como serían los juicios ejecutivos o posesorios), en los que no son admisibles todos los medios de prueba, ya que están influídos por un principio de urgencia. Además, en este tipo de procesos, se altera el orden de conocer y ejecutar, empezando la actuación del juez por lo que serían actos de ejecución (embargar o paralizar una obra), para luego pasar a un fase declarativa simplificada. Lo que ocurre es que este tipo de juicios, llamados siempre **sumarios** no se pueden confundir con los **plenarios rápidos** que ahora nos ocupan. La sumariedad viene determinada por el fondo del asunto a conocer, pues tiene un carácter especial, es decir son juicios especiales por razón de la materia. Por el contrario, los plenarios rápidos, o de trámite simplificado,

⁸⁹ Ibidem. Pág 80

tienen carácter general o común, tanto como el ordinario, pero en ellos se produce una eliminación de algunos trámites para hacer su curso más sencillo, en asuntos en los que no está justificado un conocimiento más profundo; pese a esta simplificación de los trámites, su cognición es plena para el juez.

Para el derecho castellano, la cuestión está en determinar como y en que medida los juicios plenarios rápidos del derecho canónico se introdujeron en la legislación y en la práctica judicial. En primer lugar, **LAS PARTIDAS** establecen la posibilidad de que el juez oiga y decida llanamente en cuestiones de hasta diez maravedies o cuando se plantease un conflicto entre hombres pobres.⁹⁰ Se introduce así un tipo procesal simplificado “oir y decidir llanamente” para cuestiones de poca importancia económica, con lo que estaríamos ante un proceso sencillo, pero en el que el juez puede conocer todo aquello que le resulte necesario para poder fallar, sin tener que atenerse a todos los complicados trámites del pleito ordinario; no está justificada la simplificación por razones de urgencia o de gravedad, sino por la poca envergadura de la pretensión.⁹¹ Al mismo tiempo, se produce en el campo del Derecho Mercantil, la creación de un procedimiento especial para resolver cuestiones entre mercaderes, que evoluciona, pero que mantiene desde un principio criterios de simplificación en sus estructuras.

Sobre esta situación, los Reyes Católicos, dan una ley en Toledo en 1480, que

⁹⁰ P.P.6.22.3

⁹¹ En la ley siguiente, 7.22.3., se establece un sistema para que los jueces den su juicio, *una vez sabida la verdad del pleito* pues hay pleitos en los que el juez no tiene que hacer grandes averiguaciones. A continuación hace una enumeración de cuales serían estos pleitos, y se refiere a asuntos de protección de menores o mujeres, y a juicios posesorios, es decir, está en el plano de los **juicios sumarios** estrictamente entendidos, en los que el objeto, protección de derechos urgentes o evitación de un mal, justifica que el juez se limite a conocer la verdad de los que le dice, sin que haya de profundizar en el fondo del asunto.

confirma la tendencia a fallar determinados asuntos de un forma simplificada. El mensaje que justifica esta norma es precisamente el hecho de que, causas de poca importancia lleguen a Tribunales Superiores, Chancillerías, Audiencias y Consejo. Para estos casos, podrán los jueces *conocer de los tales negocios, y los ver, y librar, y determinar simplemente, y de plano, y sin estrépito y figura de juicio, solamente sabida la verdad*.⁹² Contra las sentencias dadas en estos juicios, no se podrá dar recurso alguno.

El espíritu de estas dos normas, la de Las Partidas y la de las Leyes de Toledo, es la de hacer un proceso simplificado para las reclamaciones de pequeña entidad. Con posterioridad, se siguió insistiendo en este criterio; así la ley dada en Madrid en 1534 , establece que en las causas cuya cuantía no supere los cuatrocientos maravedís, que han de ser breves, *no haya orden, ni forma de proceso, ni tela de juicio, ni solemnidad alguna: salvo que sabida la verdad sumariamente, la justicia proceda en pagar lo que se debiere*. Contra estas sentencias, tampoco podrá interponerse recurso alguno.⁹³ Como se vé, viene a confirmar lo que la ley de Toledo disponía. Posteriormente, en 1594, y con ocasión de las Cortes de Madrid, Felipe II, aumenta la cuantía de estos procesos a mil maravedís, encargando especialmente a los jueces que los despachen con toda brevedad.⁹⁴ La finalidad del orden simplificado para reclamaciones procesales de cuantía reducida, o para contienda entre personas sin recursos económicos, estaba asumida y justificada por la doctrina. Para

⁹² N.R. 22.4.2.
NO.R. 1.5.4.

⁹³ N.R. 19.9.3.

⁹⁴No.R. 8.3.11. Con posterioridad, en 1768, una Real Cédula, aumentó la cuantía a quinientos reales.

Cerdán de Tallada, en 1607, los juicios verbales se habían introducido *para los que poco pueden*, a los que por sus pocos recursos económicos se les supone que no pueden llegar a contiendas de cantidades elevadas.⁹⁵

Parece claro pues, que este sistema de decidir los procesos de forma breve, quedaba relegado a las reclamaciones de cantidades no muy elevadas. Pese a esta circunstancia, no cabe entender que estemos ante procesos sumarios específicos por razón de la materia (pequeña cuantía), sino ante juicios ordinarios, o comunes, en los que debían evitarse las complicaciones procesales inherentes al “orden solemne”, pues no estaría justificado, y sería desproporcionadamente costoso. Ahora bien, la frase que se introduce a partir de la mencionada ley de Toledo, **una vez sabida la verdad**, viene a matizar la cuestión. **Tomás y Valiente**, en la obra que ya se ha mencionada, ve en esta observación un matiz de liberalización de la decisión judicial respecto de su sujeción al derecho. El hecho de conocer la verdad de un proceso, sin especificar por que medios, se suponía causa bastante para fallar; con ello se estaba abriendo la puerta de lo que el autor llama “absolutismo judicial”, o lo que es lo mismo, el arbitrio del juez. Ahora bien, la cuestión considera que estuvo derivada hacia el proceso penal, con escasas repercusiones en el proceso privado; pese a todo, no hay que olvidar este matiz, pues pudo ser el vehículo de decisión judicial sin sujeción, no sólo a las formas, sino también a las normas reguladoras del proceso, aunque este se pretendiese simplificado.

Por último, hay que decir que la recepción en nuestro derecho de los principios informadores de la “Saepe Contingit” se hizo de forma lenta y limitada, quizás más en el

⁹⁵CERDÁN DE TALLADA, “Memorial para que no haya tantos pleitos”

plano de la teoría que en el de la práctica de los Tribunales. Aunque el **estilo** de los Tribunales Superiores también contribuyó a la consolidación de este tipo de procesos simplificados, desde el momento en que se fueron introduciendo prácticas tendentes a la simplificación, que una vez consolidadas se admitían como válidas, dentro de una tendencia a sustituir lo farragoso y complicado del proceso ordinario, por otro sistema procesal más asequible y racional.⁹⁶ Desde mediados del siglo XVII, por influencia de ideas iusnaturalistas, los autores admiten que el juez resuelva según el conocimiento que tenga del asunto, perviviendo este sentido hasta la misma Codificación. Pese a todo, los tímidos intentos legislativos y las formulaciones teóricas de los juristas, configuraron un juicio de cognición plena y de trámite simplificado para asuntos menores, que se mantuvo desde la Edad Media, pasando a la Codificación como el juicio llamado **ordinario verbal**, configurado en las normas para cuantías inferiores. Quizás su aspecto más negativo, es que dada su poca fuerza para implantarse en el mundo procesal, hizo que la pervivencia del solemne orden no se viese mermada en cuanto a su utilización, siendo el origen del lento y complicado proceso ordinario, que pese a los intentos legislativos del último siglo ha constatado su presencia en la legislación, aunque sólo fuese con el carácter de generalización supletoria que viene sosteniendo en los momentos actuales.

B) La trascendental influencia del Derecho común en el desarrollo y fijación del proceso castellano.

El sistema procesal que regulaba las relaciones procesales entre particulares a

⁹⁶ Así lo piensa MARÍA PAZ ALONSO sobre el orden simplificado en el proceso penal, criterio que puede ser aplicado también a los pleitos civiles. Ver Ob. Cit. Pág. 93.

finales del Antiguo Régimen, formalista, complicado y poco eficaz, se había ido configurando desde un tronco de derecho , en principio coherente y homogéneo, que siempre se ha conocido como **Derecho Común**. Este gran cuerpo jurídico, integrado por elementos romanos, canónicos y feudales, fue la base sobre la que se montó la gran estructura procesal medieval y moderna. Sobre ella, puntualizó y delimitó la legislación real desde el siglo XIII hasta el XIX, en mayor o menor medida, según los periodos y las circunstancias históricas y sociales. Pero además, determinó, por sus métodos y por su contenido, el quehacer de los juristas, que a su vez influyeron en los usos y prácticas de los Tribunales, los que de forma recíproca también integraron lo que hoy llamaríamos “Derecho Procesal” de la Monarquía Absoluta.

1º.- Creación y definición del Derecho Común.- El cuerpo de derecho que se conoce como Derecho Común (*ius comune* en términos técnicos), es un derecho elaborado y difundido en los reinos europeos de la baja Edad media, sobre la base del derecho Romano Justiniano y el derecho Canónico. Se acepta que su formación y estudio comenzó en el norte de Italia por los **Glosadores** a finales del siglo XII con la llamada “renovación del Derecho romano”, dejando de lado el derecho romano “vulgarizado” que se conocía hasta entonces.⁹⁷ Pero es en el siglo XIII cuando se produce su recepción en los reinos europeos, ya que los legisladores y juristas de estos territorios acuden al derecho romano justiniano y al derecho canónico clásico en defecto de normas propias o sustituyendo a ordenamientos particulares. Su crisis, parcial, se corresponde con la plenitud del absolutismo y el crecimiento del derecho real. El Derecho Común es “el sistema jurídico

⁹⁷MERRYMAN “ La tradición jurídica romano-canónica” pág.26

resultante del entrecruce del derecho romano justiniano, el derecho canónico y el derecho feudal, y supera las disparidades regionales del derecho en una amplia construcción intelectual con validez universal”.⁹⁸

Hay que situar el inicio del movimiento definidor del derecho común en Bolonia en el sigloXII. Los juristas que estudiaban y enseñaban el derecho en su escuela, lo hicieron utilizando un método innovador para su momento. En primer lugar partían de un texto no modificado del **Digesto** que apareció por entonces, y en segundo lugar lo hicieron *glosando* sus leyes, como comentarios marginales al texto original, de una forma analítica y casuística. Además, influyó en su forma de trabajar y desarrollar el derecho los métodos **escolásticos que se difundían en aquel momento por las universidadesEuropeas**. Desde ahí se puede hablar de un *cuerpo común de leyes, una manera común de escribir acerca del derecho, un lenguaje legal común y un método y enseñanza y de estudio también comunes*.⁹⁹

Para los **glosadores**, el Derecho romano justiniano era un derecho vigente en todo el territorio del Imperio. De ahí que su estudio no fuese un análisis teórico sobre normas o principios, sino que su interés radica precisamente en el valor que daban al derecho romano como un cuerpo de leyes con capacidad para ser aplicadas en cualquier momento o circunstancia.

Pero paralelamente a este resurgimiento del Derecho romano, el Derecho canónico también experimenta un florecimiento, en el que se participaba de la propia influencia

⁹⁸ PEREZ PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACO, “Curso de Historia del derecho español” cap. 13.

⁹⁹ MERRYMAN, “ La tradición jurídica romano-canónica” Pág. 27.

romanista, pues la Iglesia utilizó las norma y leyes romanas para la definición de su propio cuerpo jurídico, aunque sobre ellas se vá superponiendo la obra legislativa de los Papas, en la que se manifiesta una fuerte tendencia al absolutismo y la unificación legislativa. Además, su elaboración técnica, dentro de la propia Iglesia, se fue haciendo con las mismas técnicas utilizadas por los glosadores.¹⁰⁰ Y debido a que ambos derechos se estudiaban juntos en las universidades italianas, había un tendencia a influirse mutuamente, de modo que se interrelacionaban para conformar el *ius comune* que acabarían adoptando los reinos europeos.¹⁰¹ Con posterioridad, la obra legislativa de los Papas, dada en respuesta a consultas concretas pero con fuerza de aplicación general, se recogió en colecciones de **Decretales**, y a los comentaristas jurídicos se les llamó *decretalistas*. Sobre estos dos estratos básicos, el Derecho Común también se nutrió del derecho de origen **feudal** a través del contenido del *Liber Foedorum*, y de normas y costumbres jurídicas locales que a su vez tenían origen en el derecho romano postclásico vulgarizado. Y sobre estas tres “capas jurídicas”, se superpuso finalmente uno de los derechos más vivos y pujantes de la época, y que subsistiría como tal en los siglos siguientes: el derecho de los mercaderes, ágil y eficaz, pues creó en el ámbito de las transacciones entre particulares, un modelo común que modificó determinadas instituciones del derecho privado.¹⁰² Así pues, estas tres subtradiciones dentro de la tradición del derecho civil -el derecho civil romano, el derecho

¹⁰⁰ En el siglo XII, un profesor de Teología, Graciano, elaboró un obra en la que compendia todo el derecho canónico anterior. El llamado **Decreto** de Graciano, sirvió de base a los estudios de los *decretistas*.

¹⁰¹ MERRYMAN “La tradición jurídica romano-canónica, pag 30.

¹⁰² Fue precisamente en el ámbito de este Derecho Mercantil, en el que mejor y más eficazmente se implantó el **proceso simplificado**. Igualmente, el trascendente **juicio ejecutivo** nació desde una óptica mercantil.

canónico y el derecho mercantil- son las fuentes históricas principales de los conceptos, instituciones y procedimientos de la mayor parte de los derechos privados y procesales, y de buena parte del derecho penal de los sistemas jurídicos que se rigen por el derecho civil romano".¹⁰³

2º.- Difusión y recepción del Derecho Común. Método, enseñanza y práctica.

Quizás la verdadera transcendencia de la Glosa, no fuese únicamente el estudio del derecho romano, pues aunque fundamental desde el punto de vista teórico, este estudio no habría tenido la importancia que llegó a tener para todos los derechos occidentales, si no se hubiese producido su extensión y difusión a otros reinos que se formaron en el arco mediterráneo. La recepción se consolida en Castilla en el siglo XIII, y aunque no es este estudio el momento de hacer un recorrido sobre sus pasos, si es importante tener en cuenta dos aspectos trascendentales: uno de ellos es que la fundamental vía de penetración del derecho romano-canónico fueron las florecientes universidades europeas, lo que acabó de conferir a este derecho el carácter de doctrinal que siempre tuvo; y otro que en cualquier caso la instalación del derecho común en los sistemas jurídicos bajo-medievales no se hizo de forma pacífica, sino que se produjo una cierta confrontación con los derechos y costumbres locales, más o menos instaurados en cada caso; de forma subyacente estaban también presentes tensiones de poder y sociales. Con ello, se llega a una transformación de las estructuras jurídicas existentes, en la que se superan las diferencias regionales, para llegar a una construcción del derecho, más amplia y de carácter intelectual.

En el plano legislativo, la recepción se produce en Castilla con la obra legislativa de

¹⁰³ MERRYMAN, Ob. Cit. Pág. 33.

Alfonso X, siendo **LAS PARTIDAS**, su punto culminate, no sólo por la importancia intrínseca de la obra, sino por su posterior utilización y vigencia.¹⁰⁴ Pese al orden de prelación de la normas fijado en el Ordenamiento de Alcalá de 1387, en el que Las Partidas no aparecían en primer lugar, lo cierto es que fue el derecho que se aplicó en Castilla para el proceso hasta la misma Codificación, eso sin tener en cuenta que las leyes de Enjuiciamiento utilizaron el contenido de la Tercera Partida de forma sustancial. Desde ahí, hay que tener siempre presente que “la recepción del Derecho romano-canónico supuso una revolución radical en el ámbito jurídico, que iba a configurar el Derecho de nuestro país durante varios siglos. En cuanto principal y más completo vehículo de la recepción, las Partidas acabarán implantándose, en un proceso conflictivo pero siempre progresivo, sobre los restantes ordenamientos jurídicos.”¹⁰⁵ Se consolidó así como verdadero derecho vigente, sustituyendo las diferencias localistas y las deficiencias del sistema jurídico existente, ya que el derecho altomedieval castellano desaparece ante la presencia de un derecho de formulación real, por lo que se puede entender que en su momento supuso una verdadera ruptura con el sistema existente. Además, el propio orden de prelación de la normas, fijado por la autoridad real con la intención de poner orden en el caos de leyes y cuerpos de derecho, no hace sino abrir el camino para la aplicación del derecho común, al admitir su valor en aquellos casos en los que el derecho real era insuficiente. Su principal valor, desde el punto de vista de aplicación, era precisamente el hecho de suponer un cuerpo de derecho

¹⁰⁴ Sobre la obra legislativa de Alfonso X, y el orden de prelación de las normas, ver la obra ya citada de MARÍA PAZ ALONSO.

¹⁰⁵ MARÍA PAZ ALONSO, Ob. Cit. Pág.73.

completo y perfeccionado, que actuaba en sustitución de las deficiencias legales de la monarquía castellana.

Inicialmente, al derecho común le dió un gran valor intrínseco el hecho de que los pensadores atribuyesen al derecho romano un carácter de equidad, y sobre todo de *ratio iuris*, valor que se extendió al derecho canónico, desde el momento en que estaba respaldado por el Pontificado. Esta mitificación de ambas fuentes se admitió con carácter general, prolongándose hasta bien entrado el siglo XVI; y consecuencia de este valor mítico, fue el hecho innegable, no sólo de la admisión en los reinos del cuerpo de normas y doctrinas que representaba el *ius comune*, sino de una cierta imposición sobre la normativa generada hasta el momento en cada territorio.¹⁰⁶ Pese a ello, en la mayoría de los reinos y territorios sí se mantuvo una identificación y un deseo de perpetuar las instituciones jurídicas autóctonas, lo que hizo que la identidad entre los distintos derechos “nacionales” no fuese total, manteniéndose las peculiaridades específicas de cada reino.¹⁰⁷

Sobre la transcendencia que supuso para todo el derecho posterior la “entronización” en los reinos hispanos del sistema de *ius comune*, no hay que olvidar una cuestión, que puede parecer tangencial a todo el proceso de influencias, pero que en la práctica del derecho, y especialmente del derecho procesal, tuvo un gran peso. Me refiero a cómo el **sistema de trabajo de los juristas** que inicialmente estudiaron y enseñaron el derecho común trascendió más allá del estricto campo de la ciencia jurídica, para traspasar la línea de la práctica judicial, entrecruzándose tendencias e influencia, lo que supuso:

¹⁰⁶ TOMÁS Y VALIENTE, Ob. Cit. Págs.192 y 193.

¹⁰⁷ MERRYMAN, Ob. Cit. Pág. 32.

- Que la práctica de la Administración de Justicia estuvo condicionada por los métodos y técnicas de los juristas formados en la tradición del llamado *mos italicus*.

- Que este condicionamiento vino a suponer un sistema de hacer procesal con rasgos marcadamente formalistas e inflexibles, que una vez instaurado, se consolidó y adquirió fuerza vinculante para los sujetos procesales, tanto los activos como los pasivos.

Desde un principio trabajaron estos juristas con esquemas lógicos, partiendo de la búsqueda de soluciones a problemas reales, en base a la interpretación de textos casi todos romanos. En el siglo XV, en Castilla, todavía estaban presentes estos métodos, aunque comenzaban a considerarse enmarcados en cierto desprestigio, por el hecho de haber abusado del pragmatismo, lo que proporcionaba una sensación de confusión patente, pues sobre supuestos iguales o similares, se podía llegar a soluciones completamente distintas y contradictorias, pero siempre fundamentadas en la doctrina y en los textos. Al sistema de comentarios y doctrina que se utilizaba en Castilla en este periodo se le denominó **mos italicus tardio**. El “mos italicus” procede del método escolástico de tal manera que impulsaban las operaciones mentales e interpretativas de los juristas. Suponía partir de una verdad preexistente, que con las interpretaciones dadas quedaba reforzada. El mundo del “mos italicus” es un mundo abigarrado, compacto e inagotable.¹⁰⁸

Implicaba la forma de trabajar de los juristas inmersos en esta tendencia una exaltación del casuismo y a la acumulación, con una clara desconfianza hacia las normas generales; se apoyan continuamente en referencias doctrinales, y es la dialéctica su vía

¹⁰⁸ GONZALEZ ALONSO, “Sobre el Estado y la Administración de la Corona de Castilla en el Antiguo Régimen”.

preferida de argumentación, con continuas referencias a lugares comunes. En este momento se puede apreciar un predominio de la actividad forense sobre la docente por parte de los juristas, al mismo tiempo que se distanciaban de las fuentes romanas y canónicas.

En el siglo XVI comienzan a aparecer las obras de juristas extraídos y formados en el foro, sin formación universitaria (**Suarez de Paz y Monterroso**), con los que se inicia el verdadero género de los **prácticos**. *Estos escritores adoptan un punto de enfoque dinámico-procesal para las cuestiones jurídicas; como en ellas no hay un deslinde claro entre los problemas materiales (civiles, mercantiles o procesales), y los estrictamente procesales o formales, sus obras son de notable interés.*¹⁰⁹ Puede ser este el punto de la inflexión, en el que los escritores jurídicos son jueces o abogados que escriben desde la óptica del ejercicio de la profesión, pues desde ahí se puede observar una preocupación más práctica que dogmática, ya que no se olvida que, para los juristas del Derecho Común, este es un derecho vigente, y sus elaboraciones doctrinales están orientadas a la aplicación práctica. Es también en este momento cuando surge el llamado **humanismo jurídico** como una respuesta al anquilosado sistema escolástico. Esta tendencia del pensamiento jurídico, que no llegó a desterrar en Castilla la influencia del *mos italicus*, suponía una tendencia acusada hacia el racionalismo jurídico, para la que *la razón de la equidad y la valoración de la experiencia y costumbres de cada pueblo son dos principios a partir de los cuales se trata de buscar un Derecho justo y adecuado a los nuevos tiempos.*¹¹⁰ Aparecen en este momento en los autores ciertas preocupaciones por sistematizar racionalmente las

¹⁰⁹ TOMÁS Y VALIENTE, “El derecho penal de la Monarquía Absoluta”, Pág. 140.

¹¹⁰ TOMÁS Y VALIENTE, “Manual de historia del derecho español”. Pág. 306.

exposiciones, alejándose de la dialéctica tomista.

A partir de aquí, la preocupación por obras de tipo práctico, o poco teórico, que fueron creando los juristas, supuso un empobrecimiento en la ideas y en la libertad creadora, hasta que ya en el siglo XVII se puede hablar de cansancio y decadencia de la literatura jurídica romanista, sin que se produzca una verdadera renovación de los géneros ni de la metodología. Ahora bien, dado que la práctica procesal era un ámbito en el que la fundamentación en el Derecho Común se hacía con dificultad, la tendencia fue una debilitación del romanismo. Esto tuvo como consecuencia que abogados y jueces tendiesen a prescindir de la formación teórica para instalarse más en la práctica judicial.¹¹¹

En los últimos lustros de la época moderna, la situación no cambiará de forma cuantitativa, aunque sí se introducen algunas novedades en los pensadores jurídicos. Por un lado se continúa con la tradición de la literatura jurídica práctica, pero cada vez más alejada de concepciones o ideas humanistas; además, como consecuencia de la no formación universitaria de estos escritores, pues la mayoría ejercen una profesión forense (son abogados, escribanos), las obras están en alguna medida “devaluadas”, con pocas aportaciones o innovaciones, reintentando hacer narraciones del curso procesal y de las obligaciones de los jueces y demás oficiales de justicia, con un objetivo final, hacer que el proceso resultase asequible para quien se encuentre en la situación. Coincide este momento histórico con la polémica entre **Derecho romano-Derecho real**, polémica que se inicia en el marco de la enseñanza universitaria y que trasciende a los usos y costumbres de los

¹¹¹ PESET REIG, “Derecho romano y real en las universidades del S. XVIII”. Pág 295

tribunales.¹¹²

Se podía decir que en la práctica se producía una cierta confusión entre ambos derechos. Si las líneas de influencia de **Las Partidas** partían de principios e idea propias del Derecho Común, el subsiguiente Derecho Real que redefinió los preceptos contenidos en la Partida Tercera, regulando su aplicación durante siglos, también estaba influido por principios del Derecho Común; con ello se podía estar dando identidad de criterios en determinadas situaciones. Un ejemplo podría ser la **oposición de un tercero en las ejecuciones**. En **Las Partidas** (3.27.3.), se regulaba la posibilidad de que una persona, ajena a la ejecución, pudiese reclamar como propios los bienes del deudor que resultasen afectados. Esta norma fue ampliada con disposiciones de la Nueva Instrucción para Alcaldes Mayores del Adelantamiento de 1543. Concretamente, cuando el tercero fuese la mujer, u otros en su nombre, por su dote, la información testifical se debía hacer por la vía ordinaria.¹¹³ Precisamente, el contenido de esta norma, protectora de los derechos derivados de la dote, *es de derecho común* confirmado por el derecho Real,¹¹⁴ teniendo en cuenta dos circunstancias: la dote está regulada fundamentalmente en el dercho romano, y las

¹¹² El enfrentamiento entre el Derecho Común y el Derecho Real, está latente en todo el siglo XVIII. El reforzamiento del obsolutismo de los Borbones necesitaba consolidarse con el instrumento del derecho creado por la propia monarquía. En los esfuerzos por imponerlo, se encontraba el poder con la pantalla formada por el Derecho Común entendido como cuerpo de derecho, su doctrina y su enseñanza. Y es en este campo, en la Universidad, en el que el conflicto se muestra con su total dimensión: el derecho real debía ser enseñado en las universidades, para que la formación de los juristas pudiese realmente ser útil en el futuro. A esta tendencia se opuso toda una tradición de siglos, para la que el único **derecho enseñable** era el Derecho Común, y glorificaba y magnificaba sus valores, que aunque existentes debían ser revisados y “reciclados”. Sobre este tema es fundamental la obra de MARIANO PESET, “Derecho romano y derecho real en las Universidades en el siglo XVIII”.

¹¹³ N.R. 41.4.3.

¹¹⁴ JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pág. 161.

informaciones de testigos proceden, en cuanto a su regulación concreta, del derecho canónico.

Están así mediatizados los escritores jurídicos por una situación que se puede llamar *intermedia o de transición*; sus obras tienen un bajo nivel científico, y están desligados del viejo estilo y huérfanas de otro nuevo.¹¹⁵ Así, los autores de este momento, mientras buscan una cierta sistematización del derecho, como **Jordán de Asso**, no son capaces de alejarse de la tradición romanista y canonista, y no sólo recurren en sus referencias a **LAS PARTIDAS**, sino que también utilizan continuamente citas romanistas, desde los primitivos glosadores, hasta los clásicos castellanos, como los iniciales prácticos., para reforzar sus obras (entre ellos están **Sala, Febrero, Álvarez, Gómez Negro, Conde de la Cañada**). Pero además de este discurso, sus esquemas lógicos, su sistemática y sus planteamientos, permanecen inalterables en todo este tiempo. Son por lo tanto el eslabón, largo y débil, que une a los juristas del derecho común con los que se pueden llamar el comienzo del procesalismo como ciencia. Pese a estas modificaciones de la doctrina jurídica a lo largo de la Edad Moderna, lo cierto es que el pensamiento jurídico, en general, llámese doctrina jurídica o jurisprudencia en su sentido amplio sigue mateniendo su posición decisiva en cuanto a la determinación del derecho.¹¹⁶

Ahora bien, en el siglo XVIII también aparecen otros criterios. Es una época de transición, en la que las ideas revisionistas de la Ilustración suponen una reacción antiromanista y antidoctrinal que intenta romper con perfiles arcaicos de la técnica del

¹¹⁵ TOMÁS Y VALIENTE, "El Derecho penal de la Monarquía Absoluta", Pág. 149.

¹¹⁶ CLAVERO, Bartolomé "Historia del Derecho: Derecho Común", pag. 73.

derecho. Al ser la Ilustración una concepción del mundo y del hombre con una base antidogmática, se puede entender que la crítica al sistema jurídico vigente fuese uno de sus objetivos principales, pues el soporte del derecho se había convertido en el soporte principal de la rigidez cultural y jurídica.¹¹⁷ En esta línea se puede decir que los críticos ilustrados revisaron los principios jurídicos básicos con un fin último de reformar del sistema de derecho, pero nunca estuvo en su ánimo una ruptura con todo el sistema anterior; eso sí, pretendieron cambiar lo existente por el método de eliminar lo caduco o inútil, y conservar lo válido. El problema es que quizás no lo hicieron con suficiente fuerza o no consiguieron calar en las conciencias del poder. El hecho es que sus intenciones se quedaron en eso, en intenciones. Quedan reflejados en algunas de sus obras, cuando valoran el Derecho Común en base a la razón natural y *no en cuanto a leyes, autoridad y potestad suya, pues no lo son ni la tiene en los Reinos donde los reyes y príncipes de ellos no reconocen sujeción al Imperio Romano, ni superior en lo temporal, como en los reinos de España [...]*.¹¹⁸

En el XVIII se continúan editando obras de autores del siglo anterior, pero se observa una tendencia a un nuevo tipo de literatura jurídica. Es la fórmula literaria de las “Instituciones”; supone un tipo de obra jurídica con una cierta intención sistematizadora, reduciendo los autores de referencia, clasificando las materias e intentando definir con claridad los conceptos. Es claro el cuestionamiento del Derecho Romano como *ratio* última y final de todo el derecho, aunque se produce una renovación del romanismo desde las

¹¹⁷ PEREZ PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACO, “Curso de historia del Derecho español”, pág. 907.

¹¹⁸ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 46.

estructuras intelectuales del racionalismo. Con todo, es perceptible el movimiento de crítica con sus consiguientes intentos renovadores, que no llegaron a tener efectividad hasta la total consolidación del estado liberal en el segundo tercio del siglo XIX, y el comienzo de intentos codificadores. Ahora bien, queda preguntar, o formular hipótesis en cuanto a la continuidad del Derecho Común desde este momento, pues si bien es claro que sus planteamientos en cuanto a los principios generales del derecho puede ser que no estén muy claros en las formulaciones de los códigos decimonónicos, no hay que olvidar que el derecho actual mantiene parcelas deudoras del Derecho Romano y del Derecho Canónico.

Las normas jurídicas que regulan las relaciones particulares, o que dependen de la estricta voluntad de las personas siguen manteniendo un núcleo importantísimo romanista. Y el derecho procesal que se contienen en las Leyes de Enjuiciamiento no es en absoluto ajeno al proceso romano-canónico de LAS PARTIDAS.

Finalmente, se puede hablar de una relación directa entre el pensamiento, la forma de trabajar de los juristas formados en el *ius comune*, y determinados aspectos del proceso. Sus planteamientos dialécticos y casuísticos se dejan ver en los momentos procesales en los que predominan las **alegaciones**, ya sean iniciales o finales. La forma concreta de alegar en derecho que se hacía en los pleitos, procede de formas prácticas y de esquemas lógicos anteriores al mismo proceso, o como mucho simultáneos. La fijación de esta práctica durante tantos años, dió lugar a un especial manera de expresarse los juristas a través del proceso. Los argumentos de hecho y de derecho que se utilizaban podían estar más o menos influidos por ideas o maneras de pensar, pero es **la forma de argumentar** de los juristas en el medio o cauce procesal, la que estaba determinada y sustancialmente influida por la

forma de trabajar de los juristas formados en el derecho común, que eran todos, excepto los más estrictamente prácticos forenses. Así, la manera expositiva de los alegatos, parte de una oposición dialéctica entre la partes, fijándose los límites y objetivos de la contienda, para una vez demostrados, intentar convencer al juez de la legitimación de su pretensión. Es precisamente en este momento en el que aparece toda la carga escolástica y casuística del sistema; el argumento no es realmente un argumento en derecho, sino **una postura respaldada y reforzada por argumentos de terceros sobre supuestos similares**. Lo que se pretende es correcto o justo, pues así lo consideran los doctores, y así se resolvió en ocasiones anteriores; se mencionan con profusión citas de autores con autoridad, y se estructuran las alegaciones partiendo de un hecho que se considera como cierto o válido, respaldándolo por opiniones de la doctrina, y pocas o escasamente de las veces en una norma de derecho vigente. Se considera, por lo tanto como derecho a aplicar, el propio cuerpo doctrinal que formaba el derecho común. Por último, no hay que olvidar que la forma de **escribir en derecho** que tenían los Letrados suponía un estilo muy mediatizado por todo lo anterior; su forma de expresión resultaba farragosa, ajena al lenguaje general y que fue criticada constantemente por la literatura de los siglos XVII y XVIII.¹¹⁹ Como dice **María Paz Alonso**, “la alegación de opiniones doctrinales se convierte en un capítulo usual de la práctica forense, de influjo difícil de controlar dada la no fundamentación de las sentencias”,¹²⁰

En resumen, la recepción, difusión y enseñanza del Derecho Común en Castilla,

¹¹⁹ VER INFRA 11.3.2.

¹²⁰ Ob. Cit. Pág. 95.

supuso para el ámbito del proceso, la implantación de un nuevo sistema procesal,¹²¹ que por otra parte permanecerá vigente durante siglos. Pero además, el derecho común, como cuerpo de derecho y como doctrina, condicionó las formas y los hábitos procesales hasta el punto de configurar su imagen de lentitud, y complejidad que le caracterizó, de forma general, desde su recepción, hasta la codificación.

3º.- Elementos canónicos que integraron el proceso privado.- El cuerpo de derecho que suponía el *ius comune* en toda su extensión incidió con mayor o menor fuerza en cada uno de los lugares del derecho en general. Así, las instituciones del Derecho romano Justiniano sirvieron para estructurar el derecho civil, llamado sustantivo, por oposición a derecho formal o procesal. Se admitió desde el principio la división en derecho de las personas, las obligaciones y contratos, y los derechos sobre la propiedad. Para el proceso se partió de dos vertientes de influencia; por un lado el proceso romano sentó las bases sobre la jurisdicción y la potestad de las partes; sobre la acción y su ejercicio, el libre arbitrio del juez y la toma de sus decisiones. Pero fue el derecho canónico, con su pesada carga de formas y requisitos, el que vino a determinar el perfil que llegó a tener el proceso privado en el derecho castellano; sin olvidar que también este derecho estaba influido por principios romanistas. La aportación canónica al proceso no se puede decir que resultase beneficiosa en general, pues le configuró como formalista, lento, poco inmediato, complicado, costoso, y en ocasiones poco eficaz. Pero veamos cuáles fueron las líneas de influencia canónica en los pleitos civiles.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que el derecho canónico que integra el

¹²¹ MARÍA PAZ ALONSO, Ob. Cit. Pág. 15.

derecho común supone la transformación del derecho romano para su aplicación a las necesidades de la Iglesia, al mismo tiempo que admite otros elementos ajenos, tales como principios de derecho germánico, sin olvidar la creación de instituciones de nuevo cuño. La causa de que la Iglesia elaborase este derecho, aplicable directamente, fue la competencia jurisdiccional que durante siglos mantuvo en materias seculares. Este derecho está influido por principios de orden superior, tales como la equidad, la buena fé y la verdad alegada en juicio, que suponen a la larga una limitación en la valoración del juez, sujeto a la apreciación legal y tasada de la pruebas, y viendo limitadas sus facultades de dirección procesal en beneficio de la potestad de disposición que se reserva a las partes. Es un proceso, el canónico, tecnificado y lento, en el que el formalismo está sacralizando las instituciones procesales heredadas del derecho romano. En cuanto a los aspectos procesales que se ven directamente afectados por la influencia de este derecho, y que viene a suponer un condicionamiento general en la práctica y la actuación procesal, hasta el punto de constituir las áreas del proceso más significativas para la práctica y la doctrina, serían:

1º.- La escritura se introduce en el proceso como un medio para poder controlar el libre arbitrio del juez y para facilitar la labor de la segunda instancia, al elevarse las actuaciones al Papa en la resolución de los recursos. Si en un principio fue una “herramienta” útil en estos aspectos, acabó por convertirse en uno de los elementos más negativos de todo el sistema procesal derivado de la influencia del derecho común. La sustitución de la oralidad por la escritura, con unos ciertos tintes “garantistas”, vino a suponer con el tiempo la fijación de unas técnicas que complicaron el proceso y alejaron del aspecto procesal la inmediatez y la comunicación directa juez-partes. **El proceso**

escrito, como norma general, configuró el tipo procesal que ha ido pasando de un sistema a otro, con tímidos intentos de reducir su rigurosismo, pero sin conseguir desvincular la escritura del proceso.¹²² La escritura como principio inspirador, supuso lentitud y encarecimiento del proceso, pues al amparo de su obligatoriedad los oficios y profesiones forenses hicieron de ella un negocio lucrativo de lo que debería ser una tarea administrativa.¹²³ Unido a la escritura estrictamente procesal, la materialidad de los autos, la documentación se amplía a la aportación de pruebas escritas, a las que se les atribuye un valor de seguridad y de certeza que hace que con el tiempo su aportación al proceso se haga de forma extensiva.

2º.- mediatividad del juez. La cercanía del juez con los demás elementos personales del proceso, queda desvirtuada por la forma en que se permite que los jueces deleguen determinadas actuaciones. Los jueces delegados, como tales oficiales, son una creación del derecho de la Iglesia, como un medio de aproximación a realidades espacialmente distantes, pero además, el derecho le entrega al juez la posibilidad de delegar en el escribano, o en receptores, la práctica de algunas actuaciones procesales. Aquellas que supusieron un mayor volumen de trabajo fueron las pruebas en general, y sobre todo los interrogatorios de los testigos, en los que lo frecuente era que los hiciesen los escribanos, a veces comisionados por el juez, pero en otras muchas ocasiones por simple dejación de

¹²² Piénsese que todavía en algunos países de América Central, el proceso penal es fundamentalmente escrito, como un residuo negativo de la permanencia del antiguo derecho castellano.

¹²³ VER ESCRIBANOS

sus deberes.¹²⁴ Y si la idea de proceso escrito fue la dominante en todo el sistema procesal que se formó con el tiempo, el mismo proceso mantenía residuos de oralidad (la práctica de las pruebas, oír los jueces los pleitos en las vistas) que no siempre se mantuvieron con pureza; ya se ha dicho que los jueces no hacían la “inmediación” en las pruebas, sobre todo en los pleitos civiles, pero tampoco está muy claro que “oyesen” las alegaciones de las partes en las sesiones de audiencia, pues esta era una actividad que estaba pervertida por elementos ajenos a la mecánica procesal (intromisión de extraños no letrados, poca atención de los jueces a los procesos).

3º. El impulso procesal y la dirección del juez se ven limitados, pues aunque al juez se le atribuye la facultad de interrogar a las partes en cualquier momento, la realidad es que ve su actuación en el proceso a la voluntad de las partes. El principio dispositivo se consolida y llega a adquirir tal importancia, que el juez pierde casi todas las funciones de dirección que le deberían corresponder, quedando como un simple director de escena, ante el que se desarrolla la actuación de las partes. Puede desde luego poner límites a determinados abusos, y controlar el cumplimiento de la legalidad, pero la misma legalidad está dando a las partes la posibilidad de interponer recurso contra sus decisiones, así que los jueces veían como un mal menor el admitir determinadas actuaciones reiterativas (exceso de recusaciones o peticiones de rebeldía), pues poner freno a tales “torrentes” procesales, supondría la oposición de alguna de las partes por la vía de los recursos, con lo que la complicación procesal se agravaría y con ello se perjudicaría la marcha del pleito.

4º. Se consagran los términos y fases preclusivos. Los nudos procesales configuran

¹²⁴VER INFRA 8.6

todo el discurrir del proceso: cada actuación tiene un momento procesal concreto, y no se puede hacer fuera de su tiempo, y una vez cerrado ese momento, ya no puede pretenderse lo que no se hizo cuando correspondía. En sí el sistema es también una garantía para las propias partes, pues supone un contral de los actos, sin que se haga nada fuera de su momento, con lo que estarían protegidas ante posibles actuaciones extemporáneas que les pudiesen producir una situación de indefensión procesal. Lo que ocurre es que también este sistema, llevado a extremos rigurosistas puede llegar a suponer un grave obstáculo para una marcha procesal sensata y lógica, con lo que fue la propia práctica forense y el uso de los tribunales, los que matizaron estos criterios rígidos, permitiendo, por ejemplo que se pudiesen presentar determinados documentos, o pedir la confesión del contrario, hasta el mismo momento de las conclusiones.

5º. Se configura la estructura de la fase inicial. La demanda, la citación, la contestación y las excepciones, son instituciones procesales que se perfilan definitivamente a partir de los principios canónicos. En primer lugar, la demanda se ha de formular por escrito, y se exige que en ella se contenga la acción que se ejercita. De ella se ha de dar traslado al demandado, y se le ha de llamar formalmente al proceso. La citación se convierte en uno de los pasos procesales alegatorios más sujetos a requisitos y a fórmulas, pues de ella depende la personación en el pleito del demandado. Al mismo tiempo, a éste se le exigen los mismos requisitos formales que al actor para personarse (procurador y abogado, contestación escrita), dando a su respuesta un especial carácter vinculante para el proceso, a través de la *litiscontestatio*. También se le permite al demandado excepcionar a determinados aspectos concretos de la demanda, como una posibilidad de detener o

terminar anormalmente el proceso. La situación del demandado en el proceso depende de su propia actuación, pues si no comparece, puede ser acordada la retención de sus bienes, y puede ser tenido por rebelde, continuando el proceso sin su presencia.

6º.-Definición de las pruebas legales y tasadas. La prueba procesal se configura desde el proceso canónico como un complicado entramado de actos, a los que se les aplica una no menos complicada valoración definitiva.¹²⁵ La confesión, partiendo de su origen germenico, se consolida como la prueba perfecta, aunque en la práctica no sea la más utilizada; a los documentos se les atribuye un carácter de objetividad, derivado de su realización formalista y rigurosa. Pero es la prueba de testigos, por ser la más utilizada, la que llega a tener una mayor presencia en el derecho y en la práctica. Junto a esta prueba, se admiten como tal los hechos notorios, y la pericia como auxilio del juez para sentenciar. Pero lo que verdaderamente hay que resaltar de la prueba canónica trasvasada al proceso privado, es toda la elaboración doctrinal que la secunda, que le dió un carácter de complejidad y laboriosidad excesivo. El sistema de **pruebas legales y tasadas**, propio de la escolástica, condicionó las decisiones de los jueces durante toda la trayectoria del proceso en el Antiguo Régimen. Supuso desde luego una limitación a las libres decisiones de los jueces, pues estos debían resolver conforme a lo alegado y probado, pero también se convirtieron en un entramado de actos complejos (las actas de las pruebas de testigos podían suponer piezas de mayor volumen que las propias actuaciones del proceso), que se utilizaron por las partes, dando a los pleitos dificultad y encareciéndolos innecesariamente.

7º.-Configuración de las decisiones finales y los recursos. La idea de sentencia, o

¹²⁵VER INFRA CAPÍTULO VII

decisión del juez que pone fin a la contienda, no es novedosa para el derecho canónico; sí lo son las decisiones *interlocutorias*, que resuelven cuestiones incidentales de un proceso sin que pongan fin a su trámite. Estas sentencias interlocutorias, podían ser apeladas lo mismo que la sentencia principal, con lo que quedaba abierta la vía para una de las dilaciones que en el siglo XVIII eran admitidas como las más usuales, y eran los continuos recursos que podían presentar las partes antes de llegar a la sentencia: pero también aquí la práctica diseñó el modelo de solucionar el problema, pues los jueces podían no admitir la apelación contra una sentencia interlocutoria, por ejemplo de denegación de prueba, dejando esta decisión para el final del pleito. La apelación, como medio de control de las decisiones de los jueces, supone un instrumento en manos de las partes para continuar con el conflicto en segundas y terceras instancias. Para el derecho canónico el recurso de apelación implicaba la posibilidad de que las decisiones de los jueces inferiores fuesen revisadas por un juez superior, incluso el Papa, con el fin de fallar sobre si el juez en primera instancia había sentenciado correctamente o había cometido errores. El recurso de apelación se instala en el derecho castellano como un medio de prolongación de la contienda suponiendo una gravosa carga para las Audiencias y las Chancillerías. Pero además, la apelación, como modelo impugnatorio, requería que existiese una estructura jerárquica que sustentase el sistema, estructura que en Castilla estuvo definida desde la Baja Edad Media.

El primer efecto procesal que implicaba la admisión de un recurso de apelación contra una sentencia, era la suspensión de su ejecución, pues se consideraba que una sentencia no era firme, y por lo tanto no se podía ejecutar, si había sido apelada. La firmeza

de las sentencias, como un requisito previo a la ejecutoria procesal, es también una creación de todo este derecho, y una consecuencia de establecimiento de un sistema de recursos.

8º.- Aspectos accesorios al proceso. Fuera de la sustancialidad del trámite, el derecho canónico, introdujo en la mecánica procesal una serie de cuestiones que afectaron con el tiempo a la formación del modelo práctico que se siguió durante siglos. En primer lugar, la influencia de los principios cristianos, hizo que se arbitrara una **justicia para pobres**. Primera cuestión: hacía falta una justicia para pobres, luego se admitía que la justicia, “como bien de consumo”, no estaba al alcance de cualquiera; la justicia, su administración, llevaba aparejada unos costes que la parte procesal debía soportar, y que la hipertrofia de oficios y escritura hizo que llegasen a ser elevados en la mayoría de los casos. Por lo tanto, las personas sin recursos quedarían fuera de su marco de influencia; para estos casos se establece un proceso simplificado, o bien se intenta desde la propia monarquía dotar a los órganos de justicia de la figura de letrado y procuradores, adscritos a los tribunales, que se encargarían de la defensa y representación de determinadas personas con cargo a la hacienda pública.

Los procuradores o voceros son una figura que nace al amparo del derecho de la Iglesia. Se entendía justificada su intervención en un sistema absolutamente centralizado, sin órganos intermedios, en el que las distancias geográficas respaldaban el que una persona necesitase estar representada por un tercero ante un tribunal que estaba espacialmente alejado de su lugar de residencia. Su consolidación en el sistema de justicia castellano fue posterior, y llegaron a ser un estamento judicial de gran importancia en el trabajo y la práctica de los tribunales de justicia.

4º.- Las voces críticas contra el Derecho Común. Desde su recepción en el siglo XIII, el sistema de derecho que supuso el Derecho Común mantuvo un alto nivel de valoración entre los juristas, aunque no fue constante en todas las épocas. Como ya se ha visto más arriba, su propio sistema interno de desarrollarse fue uno de los elementos que más contribuyeron a su descrédito. Lo cierto es que, si bien hasta el siglo XVI fue el punto de referencia casi exclusivo de los juristas y estudiosos del derecho, la decadencia en la literatura jurídica contribuye a la propia “depreciación” del *ius commune*. Pero desde luego no se puede achacar únicamente a esta circunstancia el origen de las críticas que se podían hacer al derecho romano y al derecho canónico. Las posturas partían de otras realidades que fueron surgiendo con el paso del tiempo. Aquello que en un principio podía parecer ser un valor intrínseco, como el hecho de suponer un cuerpo de derecho homogéneo frente a los pobres e inmaduros derechos nacionales, fue perdiendo consistencia al mismo tiempo que el derecho real se fortalecía y desarrollaba; aunque la formación del derecho castellano partiese, entre otros elementos, del contenido del propio derecho común y sobre él se superpusieron normas también inspiradas en los principios intrínsecos del mismo.

Desde esta perspectiva, era cuestionable si un derecho nacido para otros pueblos y otros momentos históricos, podía ser aplicable a las circunstancias de una época tan distinta como los siglos XVII y XVIII castellanos. El sistema jurisprudencial y doctrinal que se había mantenido al amparo del *ius commune* había llegado a resultar “incómodo” para las mentes más prácticas y utilitarias, que veían en este espeso y complicado mundo una de las causas fundamentales de la ineficacia de la justicia, por las dilaciones que provocaba, lo costoso que se hacían los pleitos, las dudosas resoluciones finales y la desconfianza que

generaban.

Desde luego que las críticas no comenzaron a hacerse notar al final del Antiguo Régimen. **Cerdá de Tallada**, ya en el último tercio del siglo XVI, advertía que la justicia era confusa por el excesivo número de los pleitos, y llegaba a diversas conclusiones para explicar lo que entendía como una perversa litigiosidad. Entre ellas estaba la confusión del leyes, y no se estaba refiriendo únicamente al estratificado y adiccionado derecho de la monarquía. Pero las críticas fueron planteadas con mayor claridad desde el racionalismo de la Ilustración. Era obvio que tanto el derecho real como el derecho común eran inmanejables para personas no iniciadas, y aunque conscientes de que su confusión y desbordamiento no era el único motivo de la complicación de la justicia y de los pleitos, sí es cierto que se veía el *ius commune* desde una óptica distinta a la utilizada siglos antes. Sus aspectos negativos eran resaltados con consejos para su eliminación. Aunque es cierto, y ya se ha dicho anteriormente, que las críticas no pasaron del plano de la especulación, pues a pesar de todo los juristas seguían “agarrándose” al derecho común como la única tabla de salvación en la que apoyarse, de ahí que sus esquemas se mantuviesen entre los autores teóricos, y sobre todo entre los prácticos.

Quizás el punto de la cuestión que servía de catalizador a los juristas para los comentarios críticos iniciales fuese el **exceso de los pleitos**. La litigiosidad excesiva se ve como el enemigo de la paz social pues *mientras con la confusión, contrariedad y superfluidad de las leyes, la República se arde y consume entre pleitos y perniciosas dilaciones*.¹²⁶ Desde los comienzos de la Edad Moderna, era un hecho admitido y

¹²⁶ MORA Y JARABA, “Los errores del derecho civil y los abusos de los jurisperitos”, dedicatoria.

constatado, que el volumen de litigios en la Corona castellana era anormalmente elevado,¹²⁷ y aunque se admitan otras causas ajenas al derecho, este siguió siendo el primer objetivo de la relación de defectos. El motivo inmediato se consideraba la *variedad y confusión* del derecho civil,¹²⁸ *porque no hay dictamen, ni pretensión, por extravagante y dura que parezca, que no pueda apoyarse con textos y doctrinas del Derecho Romano, por cuya razón no hay en la Jurisprudencia proposición cierta, ni conclusión segura [...]*.¹²⁹ Por lo tanto, se establecía una relación directa entre el excesivo número de los pleitos y sus dilaciones con el hecho de que en el sistema se admitía la variedad de las opiniones e interpretaciones, lo que hacía que una cuestión pudiese tener distintas soluciones según se manejasen las normas y la doctrina que la interpretaba. Y el responsable inmediato eran las leyes de Justiniano, que *trajeron a Europa la peste de tantos pleitos, hallándose antes libre de este contagio*.¹³⁰ Y aunque se pudiesen valorar las normas del derecho romano por su equidad, su sentido de la justicia y su sentido común, no implica el hecho de que se tenga el cuerpo del derecho común como la obra maestra y fundamental de la jurisprudencia, pues contiene normas que se contradicen, al estar compuesto de diversos derechos y de tan numerosas interpretaciones: *Las leyes de Justiniano no son leyes, sino*

¹²⁷ Ver KAGAN "Pleitos y pleiteantes en Castilla. 1500-1700".

¹²⁸ La denominación "**derecho civil**" que utilizaban los juristas en esta época no se corresponde con la actual. Cuando hablaban de derecho civil se estaban refiriendo al derecho común.

¹²⁹ MORA Y JARABA, Ob. Cit. Pág. 186.

¹³⁰ MORA Y JARABA, Ob.Cit. Dedicatoria.

*pleitos y cavilaciones.*¹³¹ Pero además se discute su aplicabilidad a sociedades y tiempos distintos para los que fueron creadas. Y si a esto se añade que al derecho romano, se le superpuso el derecho de la Iglesia, se pueden considerar como superfluas e inútiles las materias hasta el punto de que *la justicia debe de ser una cosa muy difícil de descubrir, cuando vemos que hoy nos parece buena una ley, y mañana juzgamos de diverso modo a cerca de ella.*¹³² A partir de esta idea, se valora la complejidad del Derecho Común como mera e innecesaria **erudición**, sin que pueda ser útil en la práctica del foro, pues los componentes han perdido la fuerza que pudieran haber tenido en un principio, por la lejanía del tiempo y del espacio. Este error mantenido durante tiempo dá lugar al conocimiento incierto de la justicia, pues el error envejecido equivale a la ignorancia.

Fuera de estas consideraciones tan generales, se aplicaron los críticos en destacar cuales eran los excesos y cuales los defectos del derecho común en cuanto a su aplicabilidad en el momento histórico en el que escriben (desde mediados hasta finales del siglo XVIII). Desde luego les parece absurdo que se sigan estudiando las cuestiones relativas a la esclavitud de las personas; también les parece innecesario y superfluo el derecho que se considera aplicable en materia de tutela, curatela, adopciones, testamentos y fideicomisos, pues en algunos puntos estarían en contradicción con el derecho real. Por el contrario, se hecha en falta las cuestiones sobre competencia de jurisdicción (por otro lado materia de estricta creación de una sociedad estamental), sobre censos y regalías; los retractos y ganaciales son instituciones privadas de nueva creación. Así como el derecho

¹³¹ Ibidem, Pág. 28.

¹³² MURATORI, "Defectos de la Jurisprudencia", Pág. 40 y ss.

romano contiene una buena regulación sobre deudas y créditos, las ejecuciones, tan utilizadas en el medio procesal, le eran ajenas. Por último, no están contenidas en las leyes romanas, aquellas cuestiones relativas a Mayorazgos y Tenutas y que suponen el origen de tantos y tan costosos pleitos. Y es que *en el derecho de los romanos se encierran aquellos principios y reglas que constituyen la parte que llamamos Teórica, dejando para las leyes reales el conocimiento práctico de los negocios.*¹³³ Partiendo de esta idea, se cuestionan los juristas más críticos el que no se enseñen a los estudiosos del derecho los principios y normas que se van a encontrar como aplicables en la práctica, mientras que se insiste en enseñar un conjunto de doctrina y leyes, que o bien están derogadas, o son inaplicables por ser opuestas a la razón.¹³⁴

Y es que el nivel de confusión derivado de la ingente doctrina, descordinada con la realidad legislativa y con la práctica, debió llegar a altos niveles en los que era la cotidianeidad del derecho en general. De ahí el estado de *perplejidad* al que han llevado los complejos doctores del derecho a los no iniciados en la materia, *haciéndolas inaccesibles aún a los más elevados entendimientos.*¹³⁵ Son la multitud de libros, las continuas discordias sobre su sentido y las explicaciones confusas las que fueron creando el clima de inseguridad jurídica, que empaña todo el mundo del derecho en el Antiguo Régimen. Pues con los años el estudio de la leyes había llegado a ser *un gran caos de cuestiones y conclusiones dudosas, a causa de hallarse asistidas, así por la afirmativa como por la*

¹³³ MORA Y JARABA, Ob. Cit. Pág. 165.

¹³⁴ Ibidem, 167.

¹³⁵ JUAN FRANCISCO DE CASTRO, "Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes". Pág. 12.

*negativa, de razones y autoridades contrarias unas a otras, y de opiniones por lo común enteramente discordes.*¹³⁶ Y es que en las Universidades se enseña el Derecho Romano o los cánones sin ocuparse del Derecho Real hasta el último tercio del S.XVIII, existe una desarmonía entre lo académico y la práctica, “entre las controversias romanistas sobre materias extintas por siglos y el ejercicio en los tribunales, en donde el Derecho Romano adquiere unos perfiles más concretos y se mezcla con el Derecho real”¹³⁷

Pero además, esta actitud ante el estudio y la práctica del derecho trascendió a la realidad procesal, que es el aspecto que más nos interesa. La forma que tenían los letrados de escribir en derecho¹³⁸ también estaba condicionada por toda la ancestral tendencia a la interpretación de todo texto con el que se encontrasen. Por eso los dictámenes en los pleitos estaban llenos de citas de autores y de referencias doctrinales con escasas menciones al derecho real.

“En los informes que se hacen, y en los papeles que se escriben, ni se oyen ni leen sino textos civiles, y autores que escribieron sus opiniones al abrigo de ellos. Rarísima vez se observa, que ambos Abogados en el punto preciso de la dificultad, citen cada uno por su parte leyes del Reino, porque en aquellos casos decididos por la ley real, no hay la variedad, contradicción y confusión que notamos en las leyes romanas. Y así es preciso contestar que el derecho

¹³⁶MURATORI, Ob.Cit. Pág. 46.

¹³⁷ PESET REIG, “Derecho Romano y Real en las universidades del S.XVIII”. Pág. 275

¹³⁸VER INFRA 11.3.1.

civil es el origen y el fomento de casi todos los pleitos.”¹³⁹

Pues más que la aplicación directa del Derecho Romano, lo que se está cuestionando por los críticos ilustrados es la complicada interpretación de las leyes romanas, que se habían tornado en una carga para los juristas, pues aunque la interpretación se entendía como necesaria, son los excesos interpretativos los que enturbiaron los propios errores.¹⁴⁰

Y claro está, la consecuencia inmediata en el plano procesal de toda esta actitud era el resultado que se reflejaba en las decisiones de los jueces. Si estos seguían los esquemas lógicos y doctrinales de los letrados, es decir, si mantenían la misma actitud confusa y poco efectiva, las decisiones y las sentencias, acabarían por reflejar su mentalidad. Desgraciadamente nunca podremos conocer cuales eran los razonamientos que llevaban a los jueces a tomar una u otra decisión en cada uno de los asuntos, pues al no estar fundamentadas las sentencias castellanas es difícil conocerlo con certeza, aunque si se puede hacer una aproximación entre lo alegado y lo fallado¹⁴¹

Puede ocurrir que un juez tenga que dar su sentencia sobre una cuestión, y al apoyarse en una opinión, esté fallando en sentido opuesto en el que puede hacerlo otro juez, en un supuesto basado en los mismos hechos, pero que se ha apoyado en opiniones distintas, o que sencillamente ha optado por aplicar una ley real sin tener en cuenta

¹³⁹ MORA Y JARABA, Ob. Cit. Pág. 187.

¹⁴⁰ Ibidem 286 y 287

¹⁴¹ VER INFRA 12.2.9.

opiniones de doctores civilistas. Pues la fuerza del Derecho Romano, y también del canónico, estaba presente no sólo en los ambientes universitarios, sino en la práctica de los tribunales “ se alega y se sentencia con él y con los autores, junto con el Derecho Real inmerso en el mar tan amplio y proceloso de la doctrina común”¹⁴²

De ahí la consecuencia de poca, o ninguna, seguridad jurídica que se vivía en el hecho de administrar justicia, sobre todo por parte de aquellas personas, no letradas, que eran precisamente las que veían involucrados sus intereses particulares en una contienda cuyo resultado era siempre incierto, pues dependía, entre otros factores, de lo que opinasen los letrados, que se basaban a su vez en constantes doctrinas e interpretaciones, y que a su vez condicionaban la decisión del juez.

1.5. Los elementos personales que intervienen en el proceso.

Un pleito es el marco en el que se desarrollan y configuran un serie de interrelaciones personales/procesales que son el determinante de su propia dinámica. Son las intenciones de las partes, puestas de manifiesto en sus alegaciones sucesivas, y las decisiones que el juez tome ante ellas lo que constituyen el verdadero *iter procesal*. Las manifestaciones de voluntad y de conocimiento, y la aplicación de las normas procesales, son finalmente **expresiones personales**, y como tales procedentes de las personas que intervienen en un pleito. Los **intervinientes** procesales resultan ser aquellas personas que son necesarias para que un pleito se inicie y siga su curso hasta que se obtiene una sentencia; algunos intervinientes son imprescindibles, pues sin ellos el proceso no podría tener lugar, y otros son necesarios, pero se puede prescindir de su intervención. *Tres son*

¹⁴² PESET REIG, Ob. Cit. Pág 290

*pues las personas necesarias par constituer juicio: actor, que es el que pide; reo de quien o contra quien se pide; y juez, que por pública autoridad conoce del pleito y los decide.*¹

En el sistema de proceso privado que rigió en todo el periodo del Antiguo Régimen, se consideró como intervinientes procesales esenciales, no sólo a las partes, actor y reo, sino también el propio juez de la causa. Por lo tanto, así lo incluimos en este epígrafe de las partes procesales, aunque en categorías actuales esta posición procesal del juez haya superado la idea de parte para situarse en un plano exterior del conflicto jurídico.

1.5.1. Los jueces y la jurisdicción. En primer lugar, cualquier pleito se había de plantear ante **juez legítimo**. Juez legítimo era la persona designada por el propio poder real, para que por delegación actuase mediante la potestad de jurisdicción resolviendo los conflictos planteados entre particulares, o sancionando y reprimiendo conductas delictivas. Para ello recibía el juez su potestad por el nombramiento que le hacía el propio Monarca, y por la puesta en posesión del empleo en las formas que se exigían.¹⁴³ La **potestad** del juez con la que ejercía su oficio se confundía con la **jurisdicción**. Jurisdicción, que etimológicamente significa “decir derecho”, se convertía así en el poder y en su ejercicio, pues este decir el derecho iba más allá de los límites de la expresión, pues se hacía desde una base de autoridad y de poder, con el que el hecho de administrar justicia se convertía en una acción de poder que obligaba a cuantos en ella intervenían.

a) Concepto de jurisdicción.

Bartolomé de las Casas, definía así la jurisdicción:

“La primera [de los bienes del soberano en

¹⁴³ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 26.

sus estados es la jurisdicciónsoberana. Es la potestad civil y criminal con mero y mixto imperio. Desde que empezó a haber leyes este poder pertenece al gobernante como a manantial de donde proceden y donde vuelven todas las jurisdicciones, al igual que los rios a la mar. De esta manera derivan de él las jurisdicciones a los subalternos en virtud de concesiones y de nombramientos, para revertir otra vez a él por apelaciones, por casaciones y por querellas. Pero la Fuente primordial y original de todos los poderes y jurisdicciones fue siempre el pueblo mismo”¹⁴⁴

De las Casas, a principios del S.XVI define la jurisdicción delimitando su contenido “potestad civil y criminal con mero y mixto imperio”, insistiendo en que es un poder que reside en el pueblo mismo. Jurisdicción es la potestad de juzgar y sancionar conductas. La potestad de juzgar se integraba dentro del poder de la monarquía, formando uno de sus núcleos más importantes de la actividad del monarca y de las instituciones que de él dependían. **Covarrubias** decía que el Reyno puede transmitir la jurisdicción “ya que es la máxima que posee [.....] y la forma y esencia sustancial de magestad real [.....]

Para la doctrina clásica castellana el poder de juzgar reside únicamente en el monarca¹⁴⁵

Castillo de Bovadilla¹⁴⁶ entre otros autores recoge esta opinión de **Covarrubias**,

¹⁴⁴ DE LAS CASAS, BARTOLOMÉ, “de Regia Potestate”. A.20

¹⁴⁵ COVARRUBIAS Y LEYVA, DIEGO. “Textos jurídicos políticos” de Manuel Fraga Iribarne. Págs. 298 y ss.

¹⁴⁶ CASTILLO DE BOVADILLA, “Política para corregidores y señores de vasallos”. L.I, cap.II, folio 6.

en cuanto que la jurisdicción tiene su origen en el poder real, aunque matizada por la “utilidad de los súbditos para mantener y defender directamente el procomunal de todos”

Para el pensamiento posterior, esta idea se mantuvo intacta. En los juristas del Siglo XVIII permanecía la misma línea filosófica. **Tapia**¹⁴⁷ define la jurisdicción en los mismos términos que lo hace **Sala** “Potestad de conocer y sentenciar en los pleytos civiles y criminales que compete por pública autoridad”¹⁴⁸. Es el poder que toma cuerpo en la autoridad del juez lo que se está teniendo en cuenta como jurisdicción.

En el plano de Derecho Real, llama la atención que en las dos Recopilaciones (Nueva Recopilación, L.4, T.I y Novísima Recopilación L.4, T.I) estén recogidas dos disposiciones como leyes una y dos, promulgadas entre 1325 y 1442 que recogen el contenido de la Jurisdicción Real en los títulos que se encabezan con este epígrafe, estando el resto de las leyes dirigidas a delimitar el contenido de la jurisdicción eclesiástica para evitar sus posibles interferencias con la jurisdicción real que se entiende como:

“Jurisdicción suprema civil y criminal
pertenece a Nos, fundada por Derecho
Común, en todas las ciudades y villas y
lugares de nuestros reinos y señoríos”

Y según la ley 2 ya mencionada, ningún señor o particular puede ejercer en sus dominios (en los del Rey) la jurisdicción sin mostrar el título o privilegio que para ello tengan o en su defecto la prescripción inmemorial.

b)El mero y mixto imperio

¹⁴⁷ TAPIA, Ob.Cit. Pág.22.

¹⁴⁸ SALA, JUAN, Ob.Cit.Pág.139

La jurisdicción, como hemos visto, sería inoperante si no llevase aparejada el poder de ser ejecutada. Al no tener posibilidad de obligar para que se cumpliesen sus decisiones, se quedaría en el plano conceptual, y en el plano real no tendría contenido. El carácter de poder obligar a que se cumplan sus decisiones es lo que la doctrina clásica denominaba “Imperio”, por lo tanto, la jurisdicción lleva aparejado el imperio, ya sea mero o mixto. Todos los autores coinciden en dividir el imperio en mero imperio y mixto imperio, siempre con el matiz de ser más completo el mero que el mixto imperio.

Para **Jordán de Asso y Covarrubias**, el mero imperio es el que atribuye al príncipe la posibilidad de conocer las causas criminales y el mixto el que le atribuye el conocimiento de las causas civiles.

Para **Sala y Febrero**, el mero imperio sería la potestad de administrar justicia en los pleitos en que puede imponerse pena de muerte, pérdida de miembro, destierro perpetuo, tormento de hombre en servidumbre, o darle por libre. Y el mixto imperio sería la potestad de conocer y sentenciar pleitos que no llevasen aparejada alguna pena de las referidas.

Dou y Bassols, atribuye al mero imperio un contenido amplio con continuidad de vida o muerte y al mixto imperio un contenido limitado a la aplicación de penas más moderadas.¹⁴⁹

En resumen, siendo el imperio una potestad única unida a la jurisdicción, se encuentra más perfeccionado en los órganos, casi siempre de carácter superior, que pueden conocer de las causas en que pueden ser impuestas penas más graves, (mero imperio), y

¹⁴⁹ Conclusiones extraídas de las obras citadas de los autores que se mencionan

para las causas que impliquen hechos y penas más breves, un imperio imperfecto (mixto imperio). La jurisdicción, como potestad derivada del poder del monarca, se debía ejercer dentro de los límites marcados por la ley y por el bien común ya que “*se aplica exclusivamente a promover los intereses colectivos del pueblo, sin poner estorbos ni perjudicar a su libertad*”¹⁵⁰

c) **Clases de jurisdicción**

La idea de jurisdicción configurada claramente como una potestad inherente al monarca, en la práctica reviste formas muy diversas. Las clases de jurisdicción suelen los autores agruparlas antagónicamente, coincidiendo la mayoría, excepto **Dou y Bassols** que elabora un cuadro más extenso de los tipos de jurisdicción.

a) **Jurisdicción ordinaria** “es la que reside con toda extensión en el magistrado por razón de su oficio.”¹⁵¹ El carácter de ordinario radica en el ejercicio del oficio para el que ha de juzgar; así lo considera **Sala**¹⁵² que insiste en el ejercicio del oficio basándose en la L.1, T.2, P.3, que pasó al Ordenamiento de Alcalá y a las Recopilaciones.

Dou y Bassols no la llama ordinaria a esta jurisdicción sino “propia jurisdicción” como la que tiene cualquier magistrado, corregidor, Alcalde, “por las facultades motivos de su empleo”¹⁵³. Considera que “es pública y manifiesta de todos y no necesita para obrar dentro de sus límites de testimonio alguno” modificando el término oficio por el de

¹⁵⁰ BARTOLOME DE LAS CASAS “De Regia Potestate” Pág 37

¹⁵¹ JORDÁN DE ASO. Ob. Cit. Pág 259 y TAPIA Ob. Cit. Pág22.

¹⁵² SALA, Ob. Cit. Pág. 141 y ss.

¹⁵³ DOU Y BASSOLS, Ob. Cit. Pág.50

empleo. La jurisdicción ordinaria la ejercían los jueces y tribunales nombrados por el Rey o su Consejo.

b) Jurisdicción delegada. La idea de jurisdicción delegada como contraria de la jurisdicción ordinaria, está más elaborada por los autores. Era una forma de jurisdicción que tenía carácter de “especial” ya que se otorgaba para personas y supuestos concretos y no estaba bien considerada por el pensamiento jurídico, no porque el concepto no fuese acertado o se basase en supuestos erróneos, sino porque en la práctica el ejercicio de la jurisdicción delegada dió origen a desviaciones y abusos por parte de quien la ejercía.

El término de juez delegado se confundía con el de juez comisionado en la doctrina y en la legislación, y mientras los jueces ordinarios sólo pueden ser nombrados por el Rey, los delegados eran nombrados por un juez ordinario.

Jordán de Asso y Tapia¹⁵⁴, coinciden en afirmar que “*Mientras la jurisdicción ordinaria es favorable y perpetua, la delegada es odiosa y terminal*”.y entendían que si concurren ambas jurisdicciones en un mismo juez, se entenderá que está ejerciendo la ordinaria.

La doctrina elabora la idea de jurisdicción delegada en base a la teoría del mandato, nacida de la voluntad del delegante y sujeta al contenido de la delegación. Finaliza por muerte, revocación o pérdida de oficio del delegante (siempre que no se hubiere contestado a la demanda en cuyo caso seguiría adelante). También termina la delegación si el delegado mejorase o cambiase en su oficio, por muerte o por no uso dentro de un año; por el transcurso del tiempo para el que fue concedida o con la conclusión del asunto. La

¹⁵⁴ Obras y páginas citadas.

concesión de jurisdicción delegada viene limitada por el contenido de la misma, ya que se piensa que el mero imperio es indelegable, pero a esta afirmación se le hacen tres excepciones :

- cuando exista justa causa que imposibilite al delegante ejercer su jurisdicción.
- cuando el juez ordinario, por exceso de asuntos, no pueda atenderlos todos
- cuando por encargo del Rey tuviese que ausentarse de su territorio, se permite a los jueces ordinarios que pongan a sustitutos por enfermedad o ausencia prolongada, y se venía haciendo así.

c) Jurisdicción prorrogada. Se entiende que la jurisdicción está en prórroga cuando se extiende a personas o asuntos que en principio no les corresponde por falta de competencia.

En la L.9, T.29, L.11, de la Novísima Recopilación, se recoge una pragmática de Felipe II en la que se regulan varios supuestos de sumisión a una jurisdicción con renuncia del propio fuero. Lo que se produce por tanto es un acto de voluntad, expresa o tácita, de que un titular jurisdiccional solucione un conflicto, actual o posible, excluyendo al titular jurisdiccional de las partes, siempre que no exista imposibilidad de que así ocurra, como en determinados delitos y prendimiento de reos, en que sólo puede ser competente el magistrado del territorio donde se ha cometido el delito. **Jordán de Asso**¹⁵⁵ fija en dos los requisitos para que se pueda prorrogar la jurisdicción.

1.- El consentimiento, o sometimiento, tácito, cuando los actos se realizan en territorio ajeno, o cuando alguna persona comparece ante el juez que no es competente, sin

¹⁵⁵ Ob. Cit. Pág 262 y ss.

declinar jurisdicción (ya que supondría una petición expresa ante el juez).

Expresa, si alguien se somete al juez ajeno renunciando al propio fuero, como sería el hecho de que el demandado reconviniere al demandante ante el mismo juez que se le emplazó

2.-Que el juez prorrogado tenga antecedentes de legítima jurisdicción. La prórroga se puede dar entre jueces con la misma jurisdicción, y siempre el juez superior puede prorrogar al inferior.

En principio se entiende “*que toda jurisdicción es prorrogable por su naturaleza, salvo que por su constitución o ley real venga impedido*”, aunque está sujeta la prórroga a limitaciones y excepciones ¹⁵⁶

- a los legos sujetándose ante el juez aclesiástico (NR. 11 y 13, 1.4)
- menores de 25 años sin autorización del curador (CARLEVAL)
- a los labradores, aún en caso de someterse al corregidor realengo más cercano como a la cabecera del partido (NR..4 T.21, L.4, Nueva Recopilación)
- las personas miserables
- el procurador sin especial mandato . Además por su misma constitución, la jurisdicción no puede prorrogarse
- en los pleitos pendientes en las Audiencias que no puedan llamarse al Consejo (NR 10 y 33, T.5, L.2 Nueva Recopilación)
- en las causas de treinta mil maravedíes de las que conocen los consejos de las ciudades o villas
- en las apelaciones porque no se puede apelar sino el el juez inmediato superior

¹⁵⁶ JORDAN DE ASO. Ob. Cit. Pág 262

La prórroga jurisdiccional supone que la prórroga se pasa al sucesor en el cargo del prorrogado salvo que estuviese dada con carácter personal, además cuando se prorroga la jurisdicción en un juez delegado, la prórroga termina al terminar la delegación y para la ejecución de una sentencia dictada con prórroga de jurisdicción es competente el juez que la dictó, salvo el juez eclesiástico que no puede ejecutar fuera de las penas espirituales, (NR 14 y 15, T.1, L.4.), ya que una vez que el juez admita la prórroga se le puede obligar al conocimiento de la causa, pues la jurisdicción prorrogada es delegable. Por el conocimiento de las causas, y las personas que intervienen la jurisdicción puede ser privativa o acumulativa

Jurisdicción privativa es la que impide a los jueces competentes para conocer de una causa a favor de otro juez. Los supuestos en que se puede producir son:

- cuando se adquiere por privilegio o favor a una persona
- cuando se adquiere por prescripción
- los jueces ordinarios se tienen que inhibir del conocimiento de las causas a favor de los que tienen jurisdicción delegada, por juez superior al del partido aunque estén pendientes ante ellos.

Y la jurisdicción acumulativa, la ejercen los jueces superiores respecto de los inferiores y es por la que puede un juez conocer de causas que competen a otro con prevención entre ellos (NR1y2, 19,.8,)

3- Por la intervención de la voluntad de las partes, la jurisdicción es forzosa y voluntaria

- a) forzosa, es aquella jurisdicción impuesta por la propia voluntad de la que deriva,

es decir la que se tiene sobre los súbditos, sin que pueda ser modificada por la intervención de las partes¹⁵⁷

b) voluntaria; “es la que se tiene sobre aquel que se somete por su voluntad” (PP1.32,3) **Dou y Bassols** define la jurisdicción voluntaria como la que se administra entre algunos de voluntad, o puro consentimiento de las partes, la cual sólo consiste en acomodar al juez su autoridad a algunos actos de particulares que quieren alguna cosa”¹⁵⁸ Implica este tipo de jurisdicción un acto de voluntad de las partes, para que un juez se pronuncie sobre algún derecho de las mismas sin que exista contienda. En el sistema judicial del Antiguo Régimen, se producía con mucha frecuencia la intervención judicial a instancia de parte como reconocimiento de un derecho.

4- Por el propio contenido de la resolución que se solicita, se divide la jurisdicción en contenciosa y gubernativa.

a) contenciosa es la jurisdicción que resuelve un conflicto entre partes, interviniendo intereses opuestos, o “audiencia de partes en juicio contradictorio como es la de casi todos los magistrados”.¹⁵⁹

b) gubernativa es la que se resuelve sin los trámites de un juicio en asuntos meramente gubernativos, como los de economía y policía, con forma de expediente.

En el plano de la justicia privada o civil, el juez era la persona ante la que se formulaban las alegaciones y peticiones, se hacían las pruebas buscando su convencimiento,

¹⁵⁷ JORDÁN DE ASSO. Ob. Cit. Pág. 261

¹⁵⁸ DOU Y BASSOLS. Ob. Cit. L. 1, T. 8, c. 8, S. 4, Pág. 50

¹⁵⁹ Ibidem Pág. 47

para que diese su sentencia definitiva; también era la persona que dirigía el curso del proceso, pero esta facultad de dirección estaba compartida con la posibilidad de disposición que tienen las partes en el proceso. El juez era pues la persona ante la que se había de plantear el propio proceso; pero aquellos que considerasen que se había lesionado un derecho que le era propio, no podían acudir a cualquier juez, sino a aquel que estaba legitimado para conocer de la cuestión. Para ello funcionaban unas normas que venían a delimitar la competencia jurisdiccional de cada juez. Para entender esta cuestión hay que tener presente la estructura jerarquizada de los órganos que administraban justicia y su distribución espacial, de tal manera, que partiendo de un arcaico sistema de demarcaciones territoriales, la competencia de los jueces estaba sujeta a límites específicos por el territorio y por la materia, pues se admitía las jurisdicciones especiales por materias, tales como la militar, la de hacienda o la académica, frente a la jurisdicción ordinaria que en principio conocía de todo tipo de causas sobre las personas que residían en el territorio asignado a su jurisdicción. Se entendía la división como una necesidad impuesta por la estructura de la sociedad:

“Si en toda la sociedad no hubiese más que un juez, todos los ciudadanos tendrían que acudir a él para la decisión de toda especie de disputas. Esto sería posible ya por la grande extensión de la sociedad, ya por la multitud de los hombres, y finalmente por la infinita variedad de controversias que entre ellos se suscitan. Ha sido pues necesario establecer una multitud de jueces, señalando a cada uno su territorio en que pueda ejercer su oficio”.¹⁶⁰

De esta forma la competencia de un juez se veía sujeta a normas de carácter

¹⁶⁰ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 26.

objetivo que permitían una mejor fijación de cual era esta competencia. En principio, era competente con carácter general para conocer de un litigio privado el juez que tenía jurisdicción en el territorio en el que residía el demandado , pues cualquiera podía ser reconvenido ante el juez del lugar en el que estaba establecido. En los casos en que se ejercitasen acciones reales, será competente el juez del lugar en el que se encuentren los bienes, aunque el demandado no tenga allí su domicilio. Cuando el ejercicio de la acción nace del cumplimiento o no de una obligación derivada de un contrato, el juez que tenía competencia para conocer de era cuestión era el del lugar en el que se celebró el contrato. En la cuestiones hereditarias, era siempre competente el juez del lugar en el que tuvo su último domicilio el causante.¹⁶¹ Frente a estas normas generales actuaban las particularidades de los privilegios, privilegios que estaban establecidos en función de las personas a las que afectaban o beneficiaban, así podían estar exentos de acudir a la jurisdicción ordinarias, los eclesiásticos, los caballeros de las ordenes militares, los universitarios, los militares, los familiares del Santo Oficio. Los asuntos derivados de las rentas reales tenían reservada una jurisdicción especial, como también la tenían determinadas ciudades en asuntos de comercio. En cuanto a las viudas, huérfanos y pobres gozaban del privilegio de poder declinar al juez inferior, y acudir a Chancillerías o Audiencias en los llamados casos de Corte.

Este tipo de situaciones privilegiadas se podían ejercer de forma positiva o de forma negativa. Se ejercían positivamente los privilegios cuando estos eran la base para

¹⁶¹ JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pág. 271.
P.P. 32.3.3.

actuaciones directas, así las viudas cuando presentaban sus demandas ante la Chancillería por tratarse de casos de corte, estaban ejercitando un privilegio concedido por la ley. De la misma manera se podría considerar el hecho de que una persona solicitase plantear su pleito ante la Sala de Justicia del Consejo, y no ante el juez natural. Cuando esto ocurría y el Consejo admitía la petición, desde luego privilegiada, mandaba a las justicias del lugar en el que debía haber sido planteado el asunto, que si les presentaban demanda sobre la misma cuestión en tiempo en que el pleito estaba en trámite, no admitiesen *acción ni juicio en este asunto*.¹⁶² Los privilegios se ejercían de forma negativa cuando se utilizaban como excusa para no comparecer ante el juez ordinario, pues si una persona que gozaba de situación en la que estaba sujeta a jurisdicción especial, podía oponer esta circunstancia en el momento de comparecer ante el juez, después de ser llamado al pleito, aunque debía hacerlo con la advertencia de que sólo comparecía a los solos efectos de oponerse a la jurisdicción y no de constituirse en parte.

1.5.2. Las partes procesales. Si el primer elemento personal del proceso era el juez, se exigían otros dos elementos personales para que la relación procesal pudiese quedar constituida. **El actor o demandante y el reo o demandado** eran las dos bases personales en las que se sustentaba la estructura procesal, además de la del juez; ambos tenían el carácter de **litigantes** pues estaban afectos al litigio, pero también se les denominaba genéricamente como pleiteantes o partes procesales. Y estos dos elementos eran de carácter personal, aunque podía ser parte en un juicio una entidad jurídica no personal. Lo fundamental era que se constituían en posiciones distintas dentro del proceso, y que en

¹⁶² A.H.N. CONSEJOS.22196.

cada posición podían estar encuadradas más de una persona actuando como *consortes procesales*: varios hermanos, varios compradores de una cosa, los poseedores de un bien en común, los herederos de una herencia no adjudicada y partida. *Litigantes son los que comparecen en juicio para que en él se determine su justicia; de los cuales el que pide y demanda se llama actor, y el demandado reo.*¹⁶³

Demandante o actor es sencillamente la persona que pide,¹⁶⁴ es aquel que pide justicia, y la primera persona por la que se mueven los pelitos.¹⁶⁵ La definición que dieron LAS PARTIDAS, y que es la que seguían la mayoría de los autores jurídicos del final de la ¹⁶⁶época moderna, no es otra que la de dar contenido a la acción que ejecuta el demandante: *es aquel que hace demanda en juicio por alcanzar derecho.*

Por lo tanto, el demandante es la persona que “actúa”, la que pone en marcha el proceso porque pretende algún derecho.¹⁶⁷ Tal cualidad, la de actor, es una consecuencia derivada del ejercicio de un derecho del que es o puede ser titular, ya que es precisamente de este derecho del que procede la acción y la facultad de su sujeto activo para ejercerla. Parece pues que para ser demandante se ha de ser titular del derecho que se pretende, esto es un condición básica; pero además, para poder comparecer en juicio y presentar la demanda que le inicia, hace falta que la persona sea capaz para ello. La capacidad para ser

¹⁶³ JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pág. 2.

¹⁶⁴ SALA, Ob.Cit. Pág. 130

¹⁶⁵ P.P. Título 2.3.

¹⁶⁶ P.P. 1.2.3.

¹⁶⁷ JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pág. 277.

parte en un litigio se convertía así en el requisito básico que ha de tener cada demandante. Para ello hacía falta ser mayor de veinticinco años, y no estar sujeto al cuidado de terceros por causa de incapacidad. Y de ahí nacen las prohibiciones para comparecer ante el juez y presentar demanda.

En primer lugar, no puede ser demandante el hijo sujeto a patria potestad, o el menor a tutela o curatela; tampoco podía presentar demanda en juicio el incapaz físico o mental: mudo, sordo, loco y pródigo. En estos casos, los menores o incapaces tienen y deben recibir un **curador ad litem**; si ellos no lo eligen, entre persona idónea, se lo debe dar el juez de oficio, pues si no el juicio sería nulo por falta de persona legítima, aunque se puede admitir que el menor comparezca por sí y en la demanda solicite, por medio de otro sí, que se le nombre curador para el pleito. La práctica recomendaba la no comparecencia si no era con curador, pues de hacerlo sin esta representación, sólo valdría del juicio lo que resultase de utilidad para el menor, y el resto podía considerarse nulo.¹⁶⁸

Lo cierto es que en la práctica los menores comparecían siempre con curador ad litem, aunque esta representación no implicaba representación procesal, pues a su vez el curador tenía que otorgar poder a favor de un procurador.

La mujer casada también estaba sujeta a limitaciones para pleitear; no podía demandar en juicio sin permiso del marido, salvo que lo haga contra él por malos tratos o para reclamar su dote. Aquí la ley prevee que en los casos de negativa del marido, se le puede compeler para que lo haga o incluso ser el propio juez el que autorice a la mujer

¹⁶⁸ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 12.

para litigar.¹⁶⁹ También estaba protegida la mujer cuando debía cobrar créditos del marido ausente en su nombre, para ello, podía pedir autorización al juez para comparecer en juicio, siempre que pudiese demostrar la ausencia del marido por medio de testigos.¹⁷⁰ En todos estos supuestos de limitación para el litigio, derivados de una también limitación en la capacidad de obrar de algunas personas, se admitía que en nombre de la persona sin capacidad actuase un tercero, casi siempre aquel al que se le ha encomendado su custodia y representación: el padre, el tutor, el curador, el marido. Incluso en los casos en los que existía legalmente un curador, se podía encontrar a personas que comparecían en juicio en nombre de otras “por estar incapaces”. En un pleito por tanteo seguido en 1755 ante el Alcalde Mayor de Segovia, comparece una mujer, *previa la venia necesaria*, diciendo que su marido se halla con demencia y que comparece en su nombre. A lo largo del pleito, ella aparece como la representación de su marido, que es la persona que es parte en el proceso.¹⁷¹

Mención especial hay que hacer a la condición de ser mujer. Limitada su capacidad de obrar, no sólo por la edad, sino por el hecho del matrimonio, las mujeres casadas se encontraban condicionadas para actuar en muchos ámbitos de la vida social y jurídica, y concretamente ante la justicia. Cuando una mujer casada tenía que comparecer en juicio, bien fuese para pedir, o porque se había presentado demanda contra ella, debía hacerlo a

¹⁶⁹ JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pág.2
JORDÁN DE ASSO, Ibidem.

¹⁷⁰ BERNI CATALÁ, Ob. Cit. Pág. 94.

¹⁷¹ A.H.P.S. J-1235/2

través de su marido. Comparecía en juicio pues el marido, en nombre de la mujer, o bien, siendo demandada la mujer, se constituían ambos en parte, es decir eran consortes también procesales, actuando durante el litigio conjuntamente, como un ente único procesal. Indudablemente, el hecho de obligar a las mujeres casadas a comparecer o con licencia del marido o mediante su presentación, suponía una seria limitación a su capacidad de obrar; el consentimiento del marido equivalía a la llave que abría sus límites de actuación. Pero había un aspecto social de mujeres que se podían decir, “privilegiadas” en cuanto a su capacidad de actuación y sus posibilidades de maniobrar en la vida: **Las viudas** castellanas se encontraban con que al pasar a esta situación se producía una ruptura de las ataduras que les venían impuestas por el hecho de ser mujeres casadas. Las viudas castellanas pleiteaban con mucha frecuencia, acogiéndose o no al privilegio de los casos de corte, pero el hecho es que de los pleitos examinados en el Archivo de la Chancillería de Valladolid, un 20% están iniciados por viudas en actitud de reclamar un derecho y resultaban ciertamente beligerantes. Mujeres viudas que reclaman a los hijos y nietos de su marido parte de los gananciales que no le habían sido liquidados, o a su propio hijo alimentos; viudas insistentes que pretenden la tutela de una nieta o que se derribe la obra que en el corral ha hecho un convecino. Estas mujeres, que desde luego no eran jóvenes, ofrecen un perfil de mujeres duras y luchadoras, afianzadas en sus posiciones, que no están dispuestas a ceder terreno a nadie; recurren e insisten ante la justicia con un vigor y una fuerza que las lleva a posiciones de cerramiento y negación de la concordia.

Se tenían también en cuenta, en cuanto a las partes en general, una serie de circunstancias personales que podían jugar como prohibiciones para actuar ante un juez

y en un litigio. Así ocurría con las personas excomulgadas, o los religiosos sin orden de su superior. Los hijos de familia, aunque fueran mayores de veinticinco años, no podían llamar a juicio a sus padres, salvo casos excepcionales, en los que podían pedir la venia al juez para actuar contra su padre. El medio familiar se intentaba proteger, prohibiendo a los hermanos y parientes litigar entre sí. Esta protección no jugaba mucho en la realidad, pues era frecuente ver a padres e hijos, hermanos, abuelos y nietos, tios y sobrinos, suegras y nueras, enfrentados entre sí en contiendas cuyo origen era el propio medio familiar, casi siempre en su vertiente económica. Sólo los conflictos por cuestiones dotales o hereditarias suponían un gran sector de los planteados en Castilla en la Edad Moderna, y eran pleitos de base familiar. Así que hay que pensar que la familia no necesitaba la protección que se le pretendía dar con la ley.

En la posición opuesta a la del demandante, se encuentra la parte que le es contraria en el pleito, y es el **demandado o reo**, y resulta ser aquel contra el que se pide, y a quien se le hace en el juicio alguna petición.¹⁷² Son pues los sujetos pasivos en el pleito respecto del ejercicio de la acción por el actor, aunque esta situación de pasividad es relativa, ya que al demandado se le dá la posibilidad, no sólo de contestar a la demanda, sino también de accionar en el mismo proceso, es decir, de reconvenir al demandante con una demanda de reconvención. Juegan para el demandado las mismas exigencias y las mismas limitaciones que tiene el actor para comparecer en juicio en cuanto a su capacidad y representación. Cuando la demanda se intentaba contra mujer casada, se dirigía contra el

¹⁷² SALA, Ob. Cit. Pág. 130

JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pág. 277.

P.P. PRO. 3.3.

marido y no contra ella como persona, y éste era el que había de comparecer en el juicio.¹⁷³

Además de la capacidad para actuar en juicio, a las personas que han de ser o son partes procesales, se les exige que tengan el carácter de **legítimas**, es decir, que sean aquellas en las que recae la posibilidad de ejercitar la acción como medio de proteger un derecho. Era obligación del juez examinar esta legitimación, pues de ello dependía la nulidad de lo que se hiciese en el pleito.¹⁷⁴

1.5.3. Las personas que colaboran en los pleitos. La complejidad y tecnificación que fue adquiriendo el hecho de administrar justicia desde la Baja Edad Media, fue haciendo necesaria la intervención de otras personas en los pleitos, que eran ajenas a la contienda, y que por no suponer elementos personales imprescindibles podían no integrarse en el proceso, o más bien, el proceso podía iniciarse, seguir adelante y finalizar sin su intervención, *de suerte que sin ellas puede haber juicio*.¹⁷⁵ La intervención de los procuradores en los pleitos, como representantes procesales específicos de las partes, podía tener su origen en las distancias geográficas entre los distintos lugares del reino y el Tribunal de la Corte: Parece lógico que cuando esto ocurría, se nombrase a una persona que actuase en nombre de los litigantes para que siguiesen los distintos trámites y comparecencias a lo largo del pleito. Con el tiempo, esta utilidad quedó desvirtuada pues los tribunales y los jueces fueron proliferando y acercándose más a todos los lugares. En el siglo XVIII el mapa judicial estaba bastante cubierto como para que los litigantes

¹⁷³ BERNÍ CATALÁ, “El abogado instruido”, Pág. 94.

¹⁷⁴ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 48.

¹⁷⁵ SALA, Ob. Cit. Pág. 131.

castellanos tuviesen acceso a los jueces unipersonales y colegiados con facilidad, salvo en los asuntos que se presentasen en las Chancillerías y las Audiencias, en los que si podía ser considerable la distancia entre el lugar en el que residían las partes y la sede del órgano judicial. Además, la necesidad o exigencia de procurador se institucionalizó hasta el punto de que se actuaba con esta representación ante los mismos Alcaldes Ordinarios.

En **LAS PARTIDAS** se encuentra la justificación de lo que debió ser el inicio de la necesidad de la intervención del procurador en los pleitos:

“Y porque las más veces el Demandador, o el Demandado, no pueden, o no quieren venir por sí mismos a seguir sus pleitos ante los juzgadores; por algún embargo o enojo [...] es menester que pongan otros en sus lugares por Personeros, que les ayuden y los sigan.”¹⁷⁶

El nombramiento de procurador se entendía como una facultad de las partes, no como una exigencia del proceso, pues *cualquiera puede comparecer en juicio por sí o procurador*.¹⁷⁷ Así, todos los que estaban capacitados para actuar en juicio podían *consituir procurador*.¹⁷⁸ Los procuradores actuaban en el proceso en representación de las partes, mediante un **contrato de mandato**, *haciendo [...] el juicio los mismo que el principal litigante pudiera hacer por su persona*.¹⁷⁹ La facultades del procurador se contienen en la **escritura de poder** que se otorga ante escribano público y que ha de ser presentado en la causa en la que se actúa.

¹⁷⁶ P.P. Itro. 5.3.

¹⁷⁷ JORDAN DE ASSO, Ob. Cit. Pag. 278.

¹⁷⁸ JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pág. 3.

¹⁷⁹ Ibidem.

Sobre el oficio de procurador se hablará en su momento. Aquí, desde una perspectiva de las circunstancias de las personas que actúan en los pleitos, lo que nos interesa es el contenido y la materialización de la representación procesal que ostentaban los procuradores. Y para ello es ineludible recurrir a los poderes. **Poder**, en general, es el acto por el cual una persona, con capacidad para actuar, pacta con otra, que se obliga, para que en su nombre haga o diga aquello que las partes convengan. Esta es la idea derivada del contrato de mandato, y cuyo contenido se plasma en un documento llamado escritura de poder. Por el mandato se obligan ambas partes, finalizando por la muerte, renuncia o revocación de la voluntad de cualquiera de ellas. Salvo en el caso que el poderdante muera una vez contestada la demanda, el pleito puede continuar, pues se partía de una ficción jurídica, por la que, cuando esto ocurría, el procurador se hacía señor del pleito, transmitiéndose la situación a sus herederos como se transmite el dominio.

El poder para comparecer en juicio podía ser otorgado ante escribano público, o ante el mismo escribano de la causa, y estaba sujeto a una serie de exigencias formales. Debía contener el poder los nombres del otorgante, del contrario en la causa, y del procurador al que se apodera. También se debe mencionar en el poder la contienda expresa para la que se apodera, así como el nombre o la identificación del juez ante quien está planteada. Indudablemente, en el poder debe aparecer el contenido del mandato en sí, diciendo cuáles son las facultades para las que se apodera, especificando si es *poderio de demandar, de responder, de conocer y de negar*. El procurador, sujeto del apoderamiento, debe comprometerse a cumplir su contenido, obligándose con todos sus bienes, para cumplir todo lo que se decidiese contra él en el pleito. Finalmente debe constar el lugar y

la fecha en la que se otorga, así como el nombre de los testigos ante los que se hace el otorgamiento. En los casos en los que se apodera ante el juez y escribano de la causa, es suficiente con que conste en los autos el nombre del poderdante, y que apodera en la causa a determinado procurador.¹⁸⁰

Desde estas premisas, los poderes para los pleitos, se fueron convirtiendo en documentos ineludibles en los procesos, que siguieron sujetándose a la estructura que como hemos visto marcaban las LAS PARTIDAS. Comenzaba el poder con una identificación del poderdante: *Don Pedro Sobrino Gonzalez y Monrroy, vecino de la Villa de Nava del Rey, hijo único y heredero de don Diego Sobrino Gonzalez y Monrroy*. La procedencia familiar no siempre se hacía constar; en el caso que examinamos, era importante saber de quien era el hijo la persona, que a continuación de la identificación *Dice que* los acupantes de unas tierras que recibió como herencia de sus padres, los que a su vez las compraron a Antonio Redondo, se han negado a pagarle las rentas por alegar que están embargadas por el Tribunal de la Cruzada, con lo que considera que existe un vicio en la venta, por lo que da *su poder cumplido, el que se requiere de derecho y es necesario, a Manuel de Benavente, Procurador del número de dicha Villa de Olmedo* para que en el caso de que los ocupantes y vendedores de la tierras no respondan *parezca ante la Justicia Real de dicha Villa y ante los demás señores jueces y justicias que deban para hacer cumplir las obligaciones derivadas del contrato, para lo que podran cobrar las que legitimante las deban pagar y puede dar y de cartas de pago de lo que recibiere y cobrare*. Y para poder llegar a obtener el derecho que pretende, *presente pedimento*,

¹⁸⁰ P.P. 14.5.3.

*requerimientos, citaciones, y en prueba, papeles, testigos, escritos, escrituras y probanzas, y contradiga las de contrario; gane Reales provisiones sobre cartas, mandamientos y otros despachos, y pida su cumplimiento; oiga autos y sentencias interlocutorios y definitivas, consiéntalas en favor, y apele y suplique de las en contrario; Recuse jueces, letrados, escribanos y otros ministros; siga y se aparte de dichas recusaciones, y haga todos los demás autos y diligencias judiciales y extrajudiciales que convengan y las que yo hacer pudiera. Siendo presente que el poder que para ello es necesario doy y otorgo al dicho Manuel de Benavente. Esta parte de los poderes se puede decir que era la parte central, por la que se enumeran los actos para los que esta apoderado el procurador, es decir, son las facultades que el poderdante está otorgando a su apoderado para que actúe en su nombre. Finalmente, dentro de estas facultades, también se daba la de *sustituir en todo o en parte, y una más veces revocar sustitutos, y nombrar otros de nuevo y sin ninguna limitación, con incidencia, independenciam, anexidades y conexidades, libre franca y con la general administración*. Derivado de la cláusula de sustitución, podía el procurador comparecer ante escribano, con testigos, para dar la sustitución a favor de otro procurador, quedando relevado de la obligación derivada del mandato que le había sido otorgado; en cuanto a las facultades, se remitía a las que se contenían en la escritura inicial de apoderamiento. Finalmente se decía el lugar y el día en el que otorgaba la escritura, el nombre del escribano ante quien se hacía, así como los de los testigos que estaban presentes en el momento del otorgamiento.¹⁸¹*

Se puede ver que los poderes, y este que hemos visto siguen el mismo esquema

¹⁸¹ CHAN. VALLA. P.A. 3782-4.

general que todos los aparecen unidos a los pleitos, respetaban las normas dadas por la ley de PARTIDAS. Aunque con los años se habían ido perfilando y afianzándose determinadas fórmulas que estaban estereotipadas. Las facultades que se otorgaban en los poderes y las cláusulas de sustitución, son siempre iguales, repitiéndose en todos los documentos. Lo que por supuesto variaba de un poder a otro, era el motivo u objeto de la contienda a plantear, pues la relación que se hacía de los hechos que estaban dando origen al conflicto, lógicamente no podían coincidir. Cuando el poder estaba otorgado por el demandado para comparecer en el pleito y contestar a la demanda, la argumentación del por qué daba el poder era distinta: *para que pueda defendernos en el pleito que Don Pedro Sobrino González nos tiene puesto ante la Justicia ordinaria de la dicha Villa de Olmedo sobre pretender le hagamos buenas todas las tierras contenidas en una venta*. Como es lógico, la finalidad no es la de la persona que va a demandar, sino la de aquellos que han sido demandados, y necesitan ser defendidos.

En principio el poder se tenía que presentar en el momento de la primera comparecencia ante el juez, para el demandante cuando presentaba su demanda, y para el demandado cuando se personaba para contestar y oponerse. El poder debía ser **bastante**, es decir, considerado como tal por un letrado, y el juez debía examinarlo *para que no se hagan procesos ilusorios*.¹⁸² La cualidad de **bastantes** se exigía a los poderes desde una disposición de la Leyes de Toro, de 1505; la proliferación de poderes incorrectos o defectuosos, es decir, no bastantes, estaba suponiendo frecuentes nulidades procesales,

¹⁸² JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pág. 4.

por la intervención de personas que no estaba cualificadas para actuar como procurador.¹⁸³

Para evitarlo, se exigía que los letrados de las partes examinasen los poderes , y los declarasen bastantes a su vuelta¹⁸⁴. Así debía comprobarlo el juez, que no debería admitir demanda o respuesta sin comprobar este requisito, pero en la práctica se admitía el hecho de que se hiciese la primera comparecencia sin procurador, o sin aportar el poder, defecto que se consideraba subsanable, requiriendo a la parte o a su procurador para que presentasen el poder *ya basta que se presente para su validación en cualquiera estado de la causa, como sea antes de la conclusión de ella*.¹⁸⁵ Pero no bastaba con exhibir el poder al comienzo de la causa, sino que se debía aportar un traslado para que quedase unido, obligación que se atribuía a los escribanos, que debían guardar que se hiciese así para la constancia; ¹⁸⁶Lo más frecuente es que el testimonio de la escritura de poder llevase la misma fecha del otorgamiento, pues así se entregaba al otorgante en calidad de primera copia. Pero el bastanteo del poder no consta en los traslados que se presentaba ante el juez, y es dudoso que se hiciesen en el original de la escritura que se guardaba en el protocolo del escribano, por lo que habría que pensar que la exigencia de la norma no se estaba cumpliendo.

¹⁸³ N.R. 3.2.4.

¹⁸⁴ Al margen izquierdo de la primera hoja se decía: "Para lo que se expresa en el pedimento que en él se presenta, es bastante." Fecha y Firma . CHAN. VALL. 3782

¹⁸⁵ JUAN Y COLOM, Ibidem.

¹⁸⁶ N.R. 3.2.4.

CAPÍTULO II.- LA JURISDICCIÓN REAL ORDINARIA CASTELLANA A FINALES DEL ANTIGUO RÉGIMEN.

2.1 LINEAS GENERALES DE PLANTEAMIENTO

¡ Ó Sentencia! ¡ó Jueces! ¡ó Dios mío! Infundid vuestro santo temor en sus corazones, para que arreglándose a las máximas y doctrina, que les administra mi insuficiencia, juzguen con rectitud, amen la Justicia, aborrezcan la iniquidad, y tengan en fin, por lo menos, presente, que el rey nuestro Señor les dispensa al favor de elevarles a la dignidad tan alta como es ponerles en su propio lugar, para hacer justicia, y dar a cada uno su derecho [...].¹

Hablar de Administración de Justicia para el extensísimo periodo histórico que supone desde las reformas y modificaciones de la Baja Edad Media, el nacimiento de las modernas monarquías y la consolidación y fortalecimiento del absolutismo, puede resultar inexacto. Pues no estamos ante una realidad técnica que se pueda encuadrar en los actuales conceptos de *administración*. Se trata más bien de un sistema de instituciones y de órganos, creado y mantenidos, por y para el poder real, entre cuyas competencias se encontraba el *hacer justicia*. Esta actividad de los órganos de la monarquía absolutista se configuró desde su origen como una macrotarea de gobierno. En un sistema político en el que estaban ausentes los poderes divididos, y en el que la concentración se hacía en la persona del monarca y por delegación en sus Consejos, el hecho de hacer, o administrar la justicia, suponía la parte fundamental de su actividad. Para la Monarquía, este quehacer fue siempre uno de los vehículos de control y de ejercicio del poder más completo y

¹ GUARDIOLA Y SAEZ, "El Corregidor perfecto", Pág. 30.

poderoso con que contó, desde su fortalecimiento hasta su cristalización en un estado absoluto del poder. Pues no hay que olvidar que en el hecho de la administración de la justicia se está aplicando el derecho, y por lo tanto se convierte así en una proyección del poder mismo. Y aunque es más exacto hablar de órganos y de instituciones de justicia, que propiamente de administración de justicia, este término estaba presente en los autores del siglo XVIII, quizás por influencia del racionalismo y por la inicial consolidación de principios de derecho público, que utilizaban el término administrar justicia y administración de justicia de una forma asumida y aceptada en la terminología jurídica y procesal.

Los órganos y las instituciones, integrantes de la monarquía, en los que su actividad principal o parcial, era la de hacer o administrar justicia, formaban, en el siglo XVIII, un conglomerado confuso, al que se había llegado desde una larga evolución y superposición de estructuras, con una profunda indefinición de funciones y competencias. No es el objeto principal de este trabajo el estudio exhaustivo de la jurisdicción ordinaria castellana en la época moderna, pues su análisis es complejo y abarcaría a un amplio espectro de objetivos. Pero no se puede dejar de conocer cual era la realidad de la monarquía absoluta en el ámbito de la justicia, para poder entender el verdadero objeto del trabajo, como es el conocimiento de los pleitos privados que se ventilaban ante el sistema administrativo castellano. Difícilmente se podría llegar a profundizar en la mecánica procesal, en el hecho mismo de juzgar en lo privado, si no se está situado en la auténtica realidad estructural de las instituciones que a ello se dedicaban. La tarea competencial de hacer justicia en lo privado, o civil, difícilmente se podría separar del sistema institucional

y orgánico en el que se basaban las estructuras procesales, de ahí que se considere fundamental para estudiar y conocer la realidad de la práctica y la aplicación del derecho, ante que tribunales y jueces se ventilaban las cuestiones, como se imbricaban unos órganos en otros, donde estaban los límites a sus competencias y con que sistema de apoyo personal contaban. Para ello se va a intentar hacer una síntesis de los trabajos que hasta ahora existen sobre el tema, con las aportaciones específicas sobre la materia analizada, para poder llegar a tener una **visión panorámica** de la administración de justicia castellana en la edad moderna. Se trata de pasar sobre las instituciones de hacer justicia y de aplicación del derecho, para descender en aquellos puntos que nos permitan penetrar y situarnos en el mismo terreno y junto a las personas con el fin de conocer cual y como era el oficio de juzgar, y quienes y en que forma lo ejercían. No hay que olvidar que la situación que nos vamos a encontrar en el fin de una época, la moderna, no estaba allí de la nada, *ex novo*: era el resultado de una lenta evolución de siglos, con pocas innovaciones, y sí con momentos de fijación y de cristalización llevados a cabo con el instrumento de la legislación real y con la práctica y usos de los tribunales. Esta evolución no se puede dejar a un lado para conocer en su justa medida cuales eran las verdaderas características de los órganos de justicia, y para ello se hace necesario , en algunos aspectos, retroceder en el tiempo lo suficiente como para entender el porque de la existencia y funcionamiento de las instituciones castellanas que se dedicaban al hecho de juzgar y hacer la justicia.

Para este estudio orgánico, nos vamos a situar desde la optica de una administración de justicia como sujeto activo. En el mundo procesal civil, la iniciativa de las partes estaba hipertrofiada, pero no se podría entender la mecánica de los procesos si

no se partiese de la actividad impulsora de los jueces y tribunales, y sobre todo de su capacidad de resolución y decisión. Esta iniciativa está mucho más clara en el mundo de la justicia penal, en el que las funciones impulsoras de los jueces suponían una importante parcela de la actividad procesal; pero en la justicia privada, se mantiene también un grado de iniciativa y decisión que permite el control, no solo procesal, sino también de la aplicación de las normas y de la creación de las prácticas forenses que terminan por incorporarse a la normativa general.

Por último, decir, que se van a utilizar los órganos colegiados, Consejo de Castilla y Chancillerías y Audiencias, como el medio más idóneo para estudiar el sistema completo de oficios y profesiones que se movían en el complejo, pero siempre fascinante mundo de la administración de justicia.

2.1.1 La justicia como objeto de actividad. Su justificación.

Si en el sistema jurídico anterior al estado constitucional, el hacer justicia suponía un ejercicio del poder, se puede decir que la justicia también se consideraba como un deber inherente al propio ejercicio del poder.² El humanismo castellano se hizo permeable al pensamiento político de la Edad Moderna y sobre todo de la Ilustración, hasta el punto de que la justicia, como objeto de las acciones del poder, se fue configurando como una auténtica necesidad social, sin la que los pueblos irían abocados al desastre, pues *el origen y causa fundamental de la ruina de los Reinos y las repúblicas es, sin duda, la falta*

² RODRIGUEZ SANCHEZ, "Treinta de mayo de 1790. La Real Audiencia de Extramadura. 1790-1990". Pág. 41.

*de administración de justicia.*³ Se percibe un cierto trascendentalismo en el planteamiento, confiriendo a la justicia y a su administración la esencia del bienestar social y político, pues *es el alma del cuerpo político y civil, con ella viven, se aumentan, ilustran y conservan los Pueblos, [...]. Al contrario, sin la Justicia no puede haber paz, sosiego, abundancia ni alivio alguno.*⁴ Pero **Justicia** es un término abstracto, al que hay que ir dando fisonomía para poder identificar su contenido auténtico y real. La justicia como valor, desde luego que subyace en la conciencia de todas las sociedades occidentales, con claros entronques en raíces hebraicas y cristianas, que a su vez habían absorbido los planteamientos de la filosofía de los filósofos clásicos, griegos y romanos. Se puede percibir este sentimiento en un cuerpo legal como **Las Partidas**, cuando transmite que después que Dios hizo por su gran saber todas las cosas, mantuvo a cada una en su estado, mostrando en esto su gran bondad y Justicia, y en que manera la deben mantener aquellos que la han de *facere en la tierra*⁵ Desde este plano conceptual y abstracto, hay que descender a la realidad de la actividad institucional para encuadrar el hecho de la justicia como algo real y tangible, que está interrelacionado con las vivencias sociales y económicas del momento. En el siglo XVIII, se puede decir que se habían ido produciendo algunos desajustes entre lo que se puede llamar la justicia institucional, y los cambios sociales y económicos ocurridos durante los dos siglos anteriores. De esta distorsión es posible que nazcan los intentos de reformar la administración de justicia que hicieron

³ GUARDIOLA Y SAEZ, Ob. Cit. Fol. IV.

⁴ Ibidem.

⁵ P.P. Prólogo a la Partida 4.

algunos de los políticos ilustrados, sobre todo **Campomanes y Floridablanca**, aunque su proyecto no fuese más allá de las reformas parciales, sin una intención clara de alterar las estructuras existentes en este momento.

”Para los Ilustrados, el Derecho desempeña un papel crucial en la configuración del comportamiento de una sociedad. Una correcta aplicación judicial del Derecho sería un instrumento eficaz de la necesaria renovación de la sociedad española”.⁶

La Ilustración veía en el derecho, y sobre todo en su aplicación judicial, un instrumento de renovación de la sociedad. Con este planteamiento se estaba depositando en la justicia y su administración un vehículo del cambio que se apreciaba como necesario en una sociedad que empezaba a tener conciencia de transición y de modificación. Se instalaría así la justicia como el objeto al que tendría que estar dirigido el poder en su actividad general, entendiendo esta actividad como un deber y una garantía de gobierno, y en todo ello, se habría de autorizar el derecho y su aplicación, como la herramienta más adecuada para que se produjeran los mejores resultados en el marco del bienestar social.

2.1.2. Definición de *justicia*.

En los escritores jurídicos del siglo XVIII, la idea de *justicia* permanecía entroncada en valores de la ética cristiana. La justicia era ante todo una **virtud**, de entre la cuatro llamadas cardinales que hace que el ser humano tienda a dar a cada uno lo que

⁶ MORALES ARRIZABALAGA, “La intervención de los Fiscales del Consejo de Castilla en la génesis del Derecho Español contemporáneo”. Pág. 40.

le pertenece, es decir, *lo justo*. Supone la justicia, una tendencia a *hacer con recto juicio todo lo justo, y a dar así a los otros con proporción*.⁷ Desde el punto de vista jurídico, la idea de justicia no va más allá de los que se entendía como virtud, pues se la concibe como la voluntad humana de dar a cada uno su derecho. Se asumen por la doctrina definiciones de juristas anteriores, como la que daba **Castillo de Bovadilla** que entiende la justicia como *una buena y derecha gobernación [...] para amparar los súbditos en el bien, y librarles del mal, y dar a cada uno lo que merece, lo que es suyo, y distinguir lo justo de lo injusto, conforme a las leyes*.⁸ Es lo justo lo que parece como idea en todas las definiciones, pero lo justo no es nada más que el atributo esencial de la justicia en sí misma, es su esencia y contenido. Junto a este principio, lo justo, la idea que permanece en todos los pensadores es la de la **equidad social**: a cada uno lo que le corresponde según derecho.

Quizás la definición de justicia que más se utilizaba por los pensadores jurídicos del XVII y del XVIII, era la que se contenía en **Las Partidas**. Con su lenguaje didáctico, nos traslada a principios cristianos, con un fuerte componente humano en las ideas que se intentan transmitir:

“Raigada virtud es la justicia, que dura siempre en las voluntades de los homes justos, dá, é comparte a cada uno su derecho igualmente; é como quiere que los homes mueren, pero ella quanto en sí nunca desfallece, ante finca siempre en los corazones de los homes vivos, que son derechoeros é buenos, é maguer diga la Escripura, que el home justo cae el yerro siete veces en el dia, porque él no

⁷ GUARDIOLA Y SAEZ, Ob. Cit. Pág. 2.

⁸ CASTILLO DE BOVADILLA, “Política de Corregidores y señores de vasallos”, lib. 2, nº 13.

puede obrar todavia lo que debe por la flaqueza natural que es con él; con todo eso, en la su voluntad siempre debe ser aparejado en facer bien, é en cumplir los Mandamientos de la Justicia”⁹

Para los autores que continuaron estudiando y pensando en la línea marcada por el Derecho Común, la definición dada en **Las Partidas** siguió siendo válida, pues se partía de la existencia de un principio contenido en la conciencia del ser humano, que le hacía vivir justamente. Detrás de esta idea está el sentido del *ius nature et gentium*, que reconocía la existencia de determinados principios instalados en la conciencia del los hombres, inamovibles e inalterables. Pero la formación escolástica de los juristas se combinaba con otros principios e ideas importadas con el racionalismo, así la justicia y el derecho podían confundirse, o cuando menos integrarse la una en la otra:

“La palabra derecho, se puede tomar de varias maneras: o por lo mismo que la ley o precepto,[...] o por el objeto de la cosa mandada por las leyes[...]. **La primera significación se uniforma con la voz Justicia**, y según la ley 3, título 1 de la Partida 3, los mandamientos de la Justicia o del Derecho son tres. *El primero es que el home viva honestamente quanto en sí. El segundo, que no faga mal, ni daño a otro. El tercero, que de su derecho a cada uno*”¹⁰

Esta confusión entre lo **jurídico y lo ético**: lo honesto, no dañar, dar a cada uno lo suyo, es una clarísima trasposición de un principio romano que se atribuye a **ULPIANO**: *honeste vivere; alterum non laedere; suum cuique tribuere*¹¹. Como atribución al contenido de las normas del derecho de estos principios, supone una idea vaga e imprecisa,

⁹ P.P. 1.1.3.

¹⁰ SALA Y BAÑULS, “Instrucción del Derecho Real de España” Pág.1

¹¹ ARIAS RAMOS Y ARIAS BONET, “Derecho Romano”, Pág. 33

pero si marca y delimita aquello que debe ser el objeto del derecho: lo justo. Es por lo tanto, el objeto de la justicia, desde el Derecho Romano, lo que permanece como una idea fundamental para integrarse en la norma y en el derecho. Es así un principio de Derecho natural, inherente a la voluntad humana que debe informar todo el contenido del Derecho.

Pero además, para los juristas romanistas, **la justicia también era un fin**. La protección de los derechos de todos, dando a cada uno lo que es suyo, premiando las virtudes y castigando los vicios, es a lo que debe tender la labor de la justicia, canalizada a través del desarrollo de la jurisprudencia, es decir, de la labor de los juristas. Entendiendo aquí como juristas, aquellos profesionales del derecho, que además de estudiarlo y elaborarlo, lo aplican en su labor diaria, como son los jueces y los letrados, a ellos les corresponden facilitar *el bien común para que vivan los hombres una vida quieta y tranquila*.¹² Se introduce en estos momentos un elemento nuevo que entra a formar parte de la idea que de la justicia tenían los hombres del derecho; se aleja la virtud y se aproxima el bien de todos. Lo justo, además de ser aquel sentimiento que está en la conciencia de las personas, con claras connotaciones más éticas que jurídicas, se van convirtiendo en algo más próximo a la sociedad que al individuo; y todo en el contexto de relaciones sociales, y de ahí jurídicas, en las que se ven inmersos los hombres. Lo justo trasciende más allá del cerco individual para invadir **lo público**, fijado en la equitativa convivencia de las personas.

Y es que en el siglo XVIII, el pensamiento jurídico español es receptor de las corrientes filosófico/jurídicas europeas, en las que el el derecho público se estaba

¹² ÁLVAREZ “Instituciones del Derecho Real de España”, pág. 9.

formando a partir del Derecho de Gentes.

Las corrientes Ilustradas, en general, en toda Europa eran portadoras de nuevas formas de entender el *ius gentium*. Alejadas de la escolástica, las escuelas del **iusnaturalismo racionalista alemán** (Puffendorf, Tomasius, Wolff e Innecius, por otra parte este autor fue muy manejado por los pensadores españoles del XVIII), los **fisiócratas franceses** y **Adam Smith** en Inglaterra, el **contractualismo** de Kant, y en general todas la corriente Ilustrada Europea (Montesquieu, Rousseau, Voltarie) estaban abriendo el camino para una nueva concepción pública del derecho. En España, los pensadores jurídicos, habían abandonado la línea marcada por **Suarez y Vitoria**, por agotamiento de las propias ideas, e intentaban seguir el cientifismo alcanzado en Europa a partir de **Hugo Grocio**. con un cierto afán extranjerizante. **Abreu, Ortega y Cotes, Perez Valiente**, son autores que se mueven en entre las dos orillas del derecho de gentes, y de los que comienza a perfilarse como un nuevo **derecho público**. En la misma línea **Dou y Bassols**, intenta reducir a método los conceptos publicistas del derecho, aplicando al derecho positivo y a la jurisprudencia. Este autor elabora una idea de justicia, que comienza a apartarse de la idea tradicional del Derecho Común que venía inspirando a los juristas; introduce la justificación de la justicia en su **utilidad**, al considerarla necesaria para la paz y la seguridad. Define la justicia como:

“Virtud, que repartiendo con igualdad, y dando a cada uno lo que es suyo, premiando a los buenos, y castigando a los malos, sosiega las sediciones, mitiga los ánimos exasperados, y establece la paz, la seguridad

y confianza de las familias”.¹³

En resumen, de la idea romanista de la justicia, vertida en el derecho y en el pensamiento jurídico castellano desde el Derecho Común, entendida como una virtud encuadrada en el ámbito del individuo y proyectada en su relación con los demás, se había ido llegando en el siglo XVIII a concepciones más racionalista del iusnaturalismo con tendencias a incluir conceptos de derecho público en aquello que se entendía como *Justicia*. Desde ahí, es el objeto y el fin de la justicia lo que la define en su esencia; así el **bien común**, entendido como paz, seguridad, o vida quieta y pacífica entra a formar parte de los que para esta corriente de pensamiento se debe considerar como lo justo. A pesar de estas innovaciones, la influencia romanista perdura todavía en cierto sector de los juristas, para los que la justicia se reduce a vivir honestamente, no dañar a los demás, y dar a cada uno lo que es suyo.

2.1.3. Rasgos característicos de la Administración de Justicia Castellana.

Las líneas doctrinales sobre lo que era la justicia, cuales eran sus fines, su objeto y cual su esencia, quedaban en el plano de lo abstracto y de lo teórico, y ahora lo que nos interesa es descender a la realidad de la justicia castellana, como una actividad propia del poder. El poder en Castilla, concentrado en la persona del monarca, se ejercía por medio de los órganos e instituciones que la evolución de siglos había perfilado. Las principales características de la administración, en general, y la de justicia en concreto durante el Antiguo Régimen fueron la polisinodía y la ausencia de precisiones referentes a las

¹³ DOU Y BASSOLS, “Instituciones de Derecho Público General de España”, cap. 8 Pág. 1.

competencias del conjunto de magistrados, generadora de incesantes conflictos de jurisdicción.¹⁴ Aunque estas observaciones son de carácter general para toda la administración, se pueden aplicar también a la específica función de juzgar que tenían atribuidas las instituciones de gobierno y justicia.

Se puede establecer un catálogo de rasgos característicos, que de forma muy general daría una idea definidora de cuales eran las notas que permiten conocer este específico mundo de la administración.

1º.- Unidad del poder. La ausencia de la división de poderes en el periodo de Antiguo Régimen, configuraba las estructuras políticas de una forma unitaria. El poder estaba concentrado en la persona del Monarca, que lo ejercía en su totalidad y en las distintas vertientes. Pero no es únicamente la idea de concentración del poder en el Rey el hecho político que caracteriza este sistema, sino que a esta cuestión esencial, hay que añadirle la circunstancia de la confusión de las funciones. El rey y sus Consejos ejercían las actividades derivadas del poder del que estaban investidos, sin definición de los límites en cuanto a la condición de las actuaciones. La confusión entre lo gubernativo, lo legislativo y lo judicial, se producía internamente, en el mismo seno del origen de los tres poderes. Los órganos de la administración castellana- Consejos, Audiencias, Corregimientos- actuaban desde su propia confusión interna ejerciendo funciones en las que se entrecruzaban lo gubernativo, lo legislativo y lo judicial.

El ejercicio del poder, desde las líneas de la monarquía absolutista moderna, suponía la utilización de la justicia como un elemento y un instrumento de

¹⁴ FAYARD, J. "Los miembros del Consejo de Castilla. (1621-1746), Pág. 3.

fortalecimiento del propiopoder; aunque esta utilidad de la justicia había que entenderla sólo reflejada en los límites de la justicia criminal, pues es aún vaga la utilización de la justicia privada como una forma de fortalecimiento del poder¹⁵

2º-Coexistencia de distintas jurisdicciones con la jurisdicción real. La coexistencia de jurisdicciones privadas o señoriales, con las privilegiadas, condiciona la forma de actuar de las jurisdicción real. En el ámbito de las competencias territoriales es en el que más se pone de manifiesto esta característica del sistema judicial del Antiguo Régimen. Instaurado desde la Edad Media en las estructuras de poder, permaneció hasta su liquidación el el siglo XIX , y supuso no pocas distorsiones en la forma de actuar de jueces y tribunales, sobre todo en el aspecto del reparto de jurisdicción y en el ejercicio de la misma.

3º.- Es una organización formada y evolucionada por acumulación. En el larguísimo periodo de evolución de la Administración de Justicia castellana, que arranca desde la Baja Edad Media, se van configurando las características y funciones de los órganos y los oficios que intervienen la administración de justicia en Castilla. En el siglo XV, con el reinado de los Reyes Católicos, se produce una definición y fijación de algunos de sus aspectos, que permanecen prácticamente inalterados hasta el nacimiento del Estado Constitucional, sin que hubiese un intento claro y definido de modificar las estructuras ; ni siquiera la llegada de la dinastía Borbónica alteró en profundidad las líneas formadas en tan largo tiempo. Esta característica, que se puede denominar organización

¹⁵ VILLALBA PÉREZ, “La administración de la justicia penal en Castilla y el Corte a comienzos del siglo XVII”, Pág.22.

judicial acumulativa¹⁶, corresponde a una superposición de estratos procedentes de diversas etapas históricas. La consecuencia negativa inmediata, es la confusión competencial entre organismos que han surgido en momentos históricos muy diversos, y por lo tanto con motivación distinta en cuanto a sus fines y necesidades. Esta situación en la práctica produce la indefinición competencial, que como ya se ha dicho es la característica más definitoria de la administración preconstitucional. La ausencia de voluntad planificadora que subyace detrás de esta situación, hace que al crearse órganos nuevos, su estructura y funcionamiento parta de los ya existentes, con lo que los errores estructurales y los vicios de funcionamiento, son arrastrados e imitados de forma irracional y persistente. *No se da nunca una actitud planificadora global que se plantee la organización de la Administración de Justicia con la eliminación de supervivencias anacrónicas y potenciación de elementos nuevos. Hay simplemente una adaptación.*¹⁷

4º.- Confusión competencial y jerárquica. La confusión era real, y por lo tanto era percibida como tal y soportada por las personas que en algún momento debían acercarse a la administración de Justicia, ya fuese pidiendo, o por ser llamados a un pleito. Si bien se daban atribuciones competenciales en los distintos órganos, estas competencias no se podían considerar suficientemente definidas, desde el momento en el que la atribución no se hacía con carácter exclusivo o excluyente. La consecuencia más inmediata de esta indefinición, era la enorme inseguridad jurídica que provocaba en los particulares.¹⁸

¹⁶ MARÍA PAZ ALONSO, “El proceso penal en Castilla (siglos XIII al XVIII)”, Pág. 137.

¹⁷ MARÍA PAZ ALONSO, Ob. Cit. Pág. 138.

¹⁸ Ibidem.

Y las causas en las que se originaba eran dos:

-A) una de ellas **estructural**. El sistema jurisdiccional se había ido “montando” desde un principio de jerarquización de los órganos. La jerarquización, inicialmente necesaria por el propio sistema de recursos, se podía desbordar en cualquier momento. Los tribunales superiores, intervenían, y de hecho lo hacían con frecuencia, en las decisiones de los jueces inferiores, resolviendo directamente cuestiones que en principio venían atribuidas, competencialmente, a estos jueces.

-B) El otro motivo por el cual el sistema competencial se veía vulnerado era la llamada **justicia retenida** por el Rey. No sólo el Rey, sino también los órganos de su esfera personal, y por extensión su Consejo, podían en cualquier momento de la tramitación de un procedimiento, de cualquier procedimiento, *avocar* o llamar para sí y su conocimiento la causa pendiente. Esta facultad del monarca no tenía límites, pues se entendía que el Rey y su Consejo no estaban vinculados por el sistema organizativo jerárquico, que se podía entender con una finalidad práctica, mientras que su esfera de poder era ilimitada, teniendo potencialmente toda la justicia en sus manos.

A la confusión que se daba entre las competencias y funciones de los distintos órganos de la Administración castellana, en general, y en particular en los que estaba destinado a hacer justicia, venía añadida otro tipo de dislocación en sus actuaciones. Nos referimos a la distorsión interna, por la que una misma entidad compaginaba **funciones de gobierno y funciones de justicia**. Chancillerías y Audiencias, Corregimientos, Intendencias, actuaban simultáneamente en el plano de gobierno y en jurisdiccional. Lo que para cualquier jurista actual resulta en sí mismo incompatible, en las instituciones del

Antiguo Régimen era una realidad intrínseca a su propia actuación y a sus funciones. Cabe pensar que los jueces y burócratas del siglo XVIII no tenían conciencia de esta “perversión” desde un punto de vista del estado actual del derecho; actuaban conjuntamente en los dos planos, gobernando y juzgando, sin una fijación previa de los límites. Estos límites entre lo contencioso y lo gubernativo, se han buscado desde las categorías actuales del derecho público, planteándose la separación que limita lo gubernativo de lo judicial, y que sería la contenida entre partes, frente a la actuación de oficio. Pero aún así, de oficio actuaban los jueces y las insituciones en materia criminal, con lo que este matiz no bastaría por sí sólo para diferenciar los dos tipos de actuaciones. Habría que reducir lo judicial a las actuaciones que se desarrollaban dentro del marco del **proceso**, relegando lo gubernativo a la **via de expediente**. Pero al mismo tiempo lo contencioso y lo gubernativo supuso en España un muy articulado principio de control del poder real, en base a una evidente y rotunda separación de funciones judicial y administrativo-política, dentro de un mismo órgano.¹⁹ Pero quizás sí que existiese entre el medio político y burocrático, una cierta percepción. Es significativa la resolución dada a consulta del Consejo del pleno de 6 de octubre de 1766, confirmada por la Cédula de 13 de noviembre del mismo año, sobre *Separación de los Corregimientos e Intendencias, para que no se embarace ni confunda la Administración de justicia*. La norma está dada “para evitar embarazo y confusión en la administración de Justicia”. En esta disposición se otorga a los Corregidores las *facultades* de Justicia y Policía, asumiendo además las que del mismo tipo tuviesen otorgadas los Intendentes; mientras los Intendentes se han de

¹⁹ GALLEGO ANABITARTE, “Administración y Jueces”, Pág. 102.

circunscribir a los *ramos* de Hacienda y Guerra *con la facultades y subordinación respectiva en lo **contencioso** a los Tribunales Superiores respectivos, y en lo **gubernativo** a la vía reservada.*[...].²⁰Esta disposición, de fuerte condicinante político, es reflejo de una realidad existente, el embarazo y confusión de la administración de justicia, y al mismo tiempo se está fijando la distinción entre lo contencioso y lo gubernativo, en base a la sujeción de las decisiones que se tomen, a distintas instituciones: tribunales superiores o vía reservada, es decir, lo judicial y lo gubernativo.

Se puede decir, por tanto, que estamos ante una administración típica del Antiguo Régimen: confusión de funciones y competencias, ausencia del principio de legalidad, jerarquización de los órganos como una necesidad de control dentro de un sistema estratificado e irracional, pero vulnerado y alterado tangencialmente por variadas circunstancias y situaciones, y permanencia total del control por el monarca. Para **María Paz Alonso** el resultado de esta situación que se podía considerar más real y auténtico, era la enorme inseguridad jurídica que producía en el justiciable *al no saber nunca con certeza ante quien se iba a dirimir su contienda* dados los mecanismos de ruptura de las atribuciones competenciales y las ingerencias mutuas que se podían producir entre los distintos organismos e instituciones.

Desde el punto de vista de los particulares, el sistema de indefinición podía resultar beneficioso, pues el “salto” de competencias también se daba porque alguien lo solicitaba, alterando el supuesto orden competencial. En 1747, Pedro Moreno Pérez, residente en la Ciudad de Daroca, basándose en el hecho de haber servido en la milicia del

²⁰ No.R. 26.11.7.

rey, solicita presentar demanda ante el Consejo, solicitud a la que se accede concediéndola a la Sala de justicia. Una vez que la demanda ha sido presentada, en el momento de su admisión, la Sala acuerda remitir una orden al Gobernador de Aragón, Presidente de la Audiencia de que *siéndoles presentada demanda, y en el interim y hasta que por los del Nuestro Consejo otra cosa se determine en este asunto, no admita acción ni juicio por razón de la Escritura de Capitulaciones matrimoniales*.²¹ El demandante, basándose en una supuesta situación privilegiada, acude al Consejo, para pedir que una petición que ha de formular sea vista y fallada por este Tribunal, rompiendo el juego de competencias territoriales por el que debía ser competente para conocer del asunto el Corregidor de Daroca. De esta forma, sin normas concretas en las que basarse, el Consejo admite la posibilidad de conocer de un asunto para el que, en principio, no tiene competencia expresa. Al mismo tiempo, ordena a la máxima autoridad judicial de Aragón, el Presidente de la Audiencia, que los órganos que de él dependen se abstengan de conocer de cualquier demanda relacionada con el asunto. Pues bien, de ahí se derivan dos consecuencias. La primera es para las personas demandadas, que se ven obligadas a litigar fuera de la demarcación territorial en la que residen, con los consiguientes gastos que ello implica, pues los Procuradores de Madrid que actuaban ante el Consejo resultaban más costosos que los que actuaban en localidades de menor tamaño. La segunda de las consecuencias era para el propio Consejo; si sus competencias jurisdiccionales se debían circunscribir a las cuestiones de competencia y a diversos recursos, la presentación de demandas en primera instancia y el enjuiciamiento derivado de ellas, venía, no sólo a suponer una

²¹ A.H.N. CONS. Escribanía Aragón. Pleitos. 22.196.

distorsión en su actividad, sino el acceso o la vía por la que se introducían en su funcionamiento cuestiones que no eran materia propia de su conocimiento, pasando así de ser un tribunal de “revisión” a convertirse la Sala en Juzgado de Instancia.

2.1.4. Evolución y formación de los órganos que integraban la Administración de Justicia en Castilla.

El panorama orgánico con el que nos encontramos en Castilla a finales del siglo XVIII contiene pocas variedades respecto del existente uno o dos siglos anteriores. Se puede decir, en líneas generales, que la administración de justicia castellana se forma por la acumulación de órganos e instituciones que se van superponiendo y estratificando hasta formar el conglomerado que permanece desde el siglo XV casi inalterable. Sólo en dos momentos históricos la monarquía manifiesta intenciones de reglar en algunos aspectos el mosaico en el que se movía la Justicia castellana. El reinado de los Reyes Católicos supone un serio esfuerzo por poner orden en un naciente caos, sin que se intente entrar a valorar sus estructuras y líneas internas de organización, sino solamente definiendo los aspectos más concretos para conseguir una mayor eficacia del principal instrumento del poder. Con la llegada de la dinastía Borbónica se producen nuevos intentos de fijar determinadas competencias, pero esta vez se hace con mayores matices políticos, afectando sobre todo a los órganos superiores, Consejo de Castilla y Audiencias.

El punto de partida para un análisis evolutivo ha de ser la Baja Edad Media, por ser el momento histórico en el que se perfilan los órganos administrativos encargados de hacer justicia que pasan a permancer hasta el estado constitucional. La idea fundamental a tener en cuenta será la de los dos planos de administrar justicia que existían, y que si bien

tienen un origen y un sentido fáctico, de esta bifurcación deriva el sistema jerarquizado y de recursos que posteriormente se afianzó. En principio la justicia pertenecía al rey y a su esfera personal de poder, y en esta medida era competente para resolver cualquier cuestión que ante él se plantease. Pero la extensión del territorio hizo que resultasen necesarios los jueces locales, y después los órganos de la justicia intermedia; así, de los concejos surgen jueces que administran la justicia en nombre del rey y cuyas decisiones son recurribles. De la esfera personal del rey se disgrega otra justicia, la colegiada superior (Chancillería y Audiencia), que actuando por delegación real resuelven como tribunales de apelación los asuntos planteados ante la justicia local. Pero los tribunales superiores, Consejo y Audiencias, se reservan una parcela de jurisdicción para la primera instancia que actúa como dislocante en el sistema competencial.

1º.- Baja Edad Media. Creación de las bases estructurales y competenciales del sistema. Uno de los aspectos que se hace necesario tener en cuenta para la administración de justicia en la Baja Edad Media, es el hecho de que en este momento se fija la **función real de juzgar** tal como se mantuvo a lo largo de siglos, reforzada por la monarquía del nacimiento del Estado Moderno y la absolutista después.

“La identificación de la función real con el cumplimiento y la ejecución de la justicia, unida a la extraordinaria amplitud que del concepto de esta se tiene en la Edad Media, dieron lugar a que la actuación judicial del Príncipe fuera la vía por la que el poder real caminó resueltamente hasta llegar a adquirir el carácter absoluto [...]”²²

La función más característica del Rey durante la Edad Media la constituye el

²² PEREZ DE LA CANAL, “La justicia de la Corte de Castilla durante los siglos XIII al XV”, Pág. 387.

cumplimiento y ejecución de la justicia, con un fin de mantenimiento de la paz de la comunidad. Este ejercicio de la justicia se llevaba a cabo en dos planos; por un lado, se realizaba en el medio social de las contiendas, pues en la solución de los conflictos es cuando la intervención del poder real se materializa. De otra parte, en esta actividad, el rey y su entorno de poder, aplicaba y creaba el derecho. Aquí está quizás el aspecto en el que el poder se materializa en mayor medida; la toma de decisiones (las sentencias) se condicionaba al derecho en el que se debe basar el monarca y sus órganos, y al mismo tiempo, de la práctica que surge en la forma de juzgar aplicando el derecho, se va creando otra forma de derecho que condicionará en gran medida la forma de administrarse la justicia, hasta que el estado de división de poderes instaure la legalidad como medida y como límite para los jueces.

Históricamente es el momento en el que se tiende a una unificación del derecho y de su aplicación. Las reformas Alfonsinas del siglo XIII son claros intentos de una política unificadora tendente a fortalecer el poder del monarca, en los que el hecho de hacer justicia preside las intenciones y las realidades. Nace en este momento la diferencia entre la justicia criminal y la justicia privada o civil, al delimitarse los pleitos foreros y los pleitos del rey, como una esfera exclusiva del poder real y al mismo tiempo como un instrumento de control y fortalecimiento. Por otro lado se amplía el ámbito de aplicación del derecho real, al poder ser utilizado como derecho supletorio en los casos en los que los fueros municipales no contuviesen la norma necesaria a aplicar al punto de la controversia. Desde aquí se puede hablar de una serie de rasgos de la administración de justicia que se constituyen en propios y diferenciales de Castilla y que fueron asumidos por épocas

posteriores.

- arranca de este momento histórico la **institucionalización** de la administración de justicia, con el establecimiento de los órganos que adquirieron carácter permanente, y que derivaban directamente del poder del rey.

- Se consolidan los **jueces técnicos**, que actúan con carácter profesional y son estables en su función.

- La justicia deja de estar en manos de los particulares, arbitrándose un procedimiento de oficio para perseguir los delitos, a través de la pesquisa.

- Con el fortalecimiento de los municipios y la delimitación de su esfera propia de poder, la designación de las justicias locales se vincula a este tipo de corporaciones

- Se establece con carácter estable el **Tribunal permanente en la Corte**. Se vincula este tribunal con el Chanciller, por lo que se le denomina *Chancilleria*; al mismo tiempo se hace estable, conformándose como *un cuerpo colegiado de jueces estables, independientes del Consejo del Monarca*.²³

B) Los órganos de justicia. Partiendo de la idea fundamental de que toda la jurisdicción procede del Rey, y además le está reservada en exclusiva, y que por lo tanto todos los órganos de justicia se deben entender de origen real, se pueden clasificar como:

-Órganos que están integrados en la organización cortesana. Son, además del propio **Consejo Real**, los **Alcales de Corte**, que en lo criminal actúan como alcaldes ordinarios para resolver los delitos que se reservan al Rey; y en lo civil lo hacen como jueces de alzada en los recursos contra resoluciones de los jueces inferiores.

²³ ESCUDERO, “Curso de Historia del Derecho”, Pág. 598..

- Órganos que procediendo de la justicia cortesana se han desvinculado de su ámbito de creación. Las **Chancillerías** nacen y se hacen estables como encargados de la documentación judicial. Los jueces que las integraban era juristas o eclesiásticos, con tendencia a la tecnificación. Tenía carácter de Tribunal de Apelación, conocía también de algunas cuestiones en la primera instancia.

- Órganos que se crean fuera de la esfera y organización de la Corte. Tienen en sí mismos un carácter especial, como lo era el **Tribunal del Libro en León**.

- Aquellos organismos que surgen como respuesta a necesidades concretas. Tal es el caso del **Adelantado Mayor de la Corte** que tiene carácter de sobrejuez, para conocer de los agravios inferidos por los Tribunales de la Corte

Siguiendo el esquema de los órganos que integraban la administración de justicia en la Baja Edad Media, se puede hacer el resumen de los que serían posteriormente las estructuras administrativas modernas para el ejercicio de la justicia.

1 Consejo Real (también Consejo Real de Castilla y Consejo de Castilla). Órgano territorial y colegiado, con funciones de gobierno y funciones de justicia. Es un órgano creador de Derecho y sus acuerdos (Autos Acordados) tiene valor de ley.

2 Justicia intermedia. Surgida por necesidades de la extensión y control del territorio. Los Merinos como jueces ordinarios y los Adelantados, con carácter extraordinario, con el tiempo van desapareciendo, quedando sólo con carácter residual. En esta zona intermedia de la justicia se sitúan en este momento los **Alcaldes Mayores**, como asesores de los adelantados. Son verdaderos oficiales letrados, y con el tiempo pasaron a ser jueces locales autónomos.

3 Justicia local. La justicia más alejada de la Corte y del control Real era aquella que se desarrollaba en el medio concreto de las poblaciones. **Los alcaldes** son oficiales judiciales no políticos. Podían ser de nombramiento real, “alcaldes del rey”, o nombrados por el Concejo, “Alcaldes foreros”. Coexistían ambos, aunque a los alcaldes del rey se les reservaba la jurisdicción criminal.

Este es el entramado fundamental del que partió toda la estructura administrativa para la justicia castellana, que con escasas modificaciones y adaptaciones continuó hasta el siglo XIX siendo la base estructural del sistema judicial castellano.

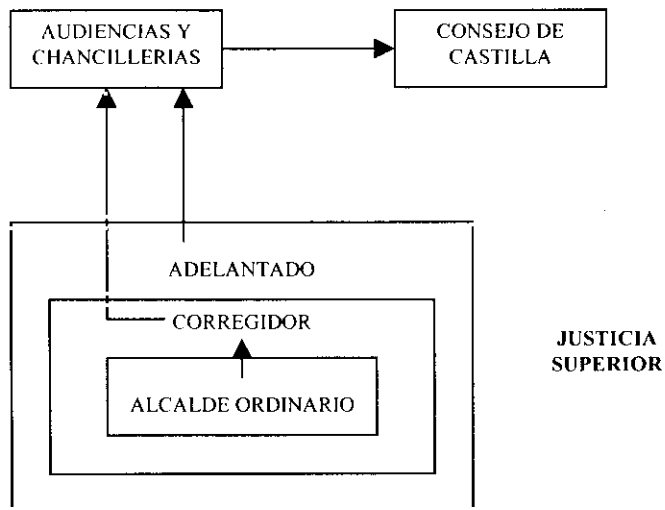
2º.- Transformaciones y adaptaciones en la Edad Moderna. El esquema anterior se mantiene prácticamente instalado en Castilla hasta el reinado de los Reyes Católicos, o cuanto menos no es hasta este momento que la monarquía emprende la tarea de reglamentar, y en parte remodelar los órganos de la Administración de justicia. La especial atención que prestaron a este sector de la burocracia castellana, se tradujo en distintas disposiciones a lo largo del siglo XV, normas que por otra parte estuvieron vigentes hasta la Codificación. En Madrigal en 1475, en Toledo en 1480, en Piedrahita en 1485, y en Medina en 1480, traducido en reales provisiones y ordenanzas, perfilan con mayor precisión de la que existía hasta el momento la composición y funciones del Consejo de Castilla y la Chancillería, para la que dan sus Ordenanzas en 1498. La otra gran aportación de este periodo a lo que se podía considerar una mejor regulación de los órganos de justicia, se refiere a las precisiones hechas sobre los Corregimientos con la Instrucción para Corregidores de 1500. En este momento, se han ido definiendo algunas características de la administración castellana, como era la separación de funciones de gobierno y justicia

en los órganos intermedios, Chancillerías y Audiencias. Mientras, el Consejo Real de Castilla asume la función jurisdiccional suprema, y con la creación de nuevas Audiencias en el siglo XV, estos tribunales se van perfilando claramente como órganos de apelación.

Por otra parte, los Corregimientos, que surgen a finales del siglo XIV con una clara intención política de control, se perfilan y consolidan como verdaderos jueces de instancia, en lo que se podría llamar una organización secundaria intermedia, tendiéndose a la figura del Corregidor letrado. Es juez único en su distrito y administra la justicia tanto penal como civil.

Decrece desde este momento el interés de la monarquía por intervenir legislativamente en los órganos de administrar justicia, salvo tímidos intentos a finales del Siglo XVII, con los que se modifica la composición del Consejo de Castilla, mientras que se mantiene inalterable toda la organización anterior. Con la llegada de la dinastía Borbónica se produce un intento de introducir cambios en los órganos de la Corte y en la Administración en general, de acuerdo con una orientación política unificadora y centralizadora. Racionalizar el aparato estatal era exigencia necesaria para hacer eficaz la intervención del Estado.²⁴ En esta línea, al Consejo se le pretenden restar competencias gubernativas, a favor de las Secretarías de Estado, dejándole las judiciales casi en exclusiva. Las Salas del Consejo, los Fiscales, son objeto de intentos reformistas que no siempre llegan a prosperar. Pero quizás sea en el ámbito de la justicia intermedia o territorial, en concreto en los corregimientos, en el que la actividad de este periodo se dirija con mayor fervor para adaptar la realidad a los cambios sociales hasta el momento tenidos

²⁴ MORALES MOYA, "Reflexiones sobre el Estado Español del Siglo XVIII", Pág. 25.



CONSEJO DE CASTILLA

TRIBUNAL DE CORTE

JUSTICIA RETENIDA

CASOS GRAVES Y DE CORTE

RECURSOS CONTRA SENTENCIAS DE AUDIENCIAS

ALCALDES DE CASA Y CORTE

PRIMERA INSTANCIA CIVIL Y CRIMINAL EN LA CORTE

SEGUNDA INSTANCIA CORREGIDOR DE LA CORTE

CHANCILLERÍAS Y AUDIENCIAS

OIDORES

PRIMERA INSTANCIA:

CASOS DE CORTE CIVILES

SEGUNDA INSTANCIA

APELACIONES JUECES INFERIORES

APELACIONES SENTENCIAS CIVILES ALCALDES DEL CRIMEN

ALCALDES CRIMEN

PRIMERA INSTANCIA

CASOS DE CORTE CRIMINALES

CIVIL DE RESIDENCIA

SEGUNDA INSTANCIA:

SENTENCIAS JUECES INFERIORES

JUSTICIA INTERMEDIA

ADELANTADOS MAYORES

CIRCUNSCRIPCIONES TERRITORIALES

JUECES DE ALZADA

MÓVILES

ALCALDES DE ADELANTAMIENTO

TÉCNICOS

JUSTICIA INFERIOR

CORREGIDORES

LOCALES Y TERRITORIALES

NOMBRAMIENTO REAL

ALCALDES MAYORES

TERRITORIALES

NOMBRAMIENTO REAL

LETRADO

ALCALDES FOREROS

LOCALES

NOMBRAMIENTO CONCEJO

DERECHO LOCAL

ALCALDES ORDINARIOS

LOCALES

NOMBRAMIENTO REAL

en cuenta. Las Intendencias, los Corregimientos, y las Alcaldías Mayores, van perfilándose como jueces específicos y letrados, cuya jurisdicción queda mejor definida y diseñada, así como los elementos propios del oficio y del cargo.

De todas formas, estos cambios y reformas introducidas en el sistema organizativo de la justicia castellana, fundamentalmente por los Reyes Católicos, y por los primeros Borbones, no fueron verdaderas reformas estructurales u organizativas. Los esquemas administrativos castellanos permanecieron casi inalterables durante más de cinco siglos, y sólo con la llegada de los principios liberales y la implantación del Estado Constitucional, se produce una auténtica reforma de la administración de justicia. En cualquier caso, esta nueva organización es hija y heredera de la anterior, pues si tenemos en cuenta los aspectos jurisdiccionales de los oficiales de justicia, los Corregidores son los jueces de Primera Instancia e Instrucción, los alcaldes ordinarios los persistentes jueces de distrito y de paz; y en cuanto a las Audiencias, son los mismos tribunales de apelación. Sólo la desaparición del Consejo de Castilla, y la creación del Tribunal Supremo, como un órgano *ex novo*, son los dos aspectos realmente innovadores de la administración constitucional respecto a la relegada de Antiguo Régimen.

2.2. ORGANIGRAMA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN LA CASTILLA DEL SIGLO XVIII.

La situación institucional y orgánica de la Administración de Justicia castellana en el último tramo del Antiguo Régimen, dentro de los parámetros de confusión funcional y competencial en los que estaba inmersa, puede ser esquematizada utilizando criterios de

clasificación en cierta medida actuales. Parece, más adecuado, el criterio que tiene en cuenta los aspectos territoriales (justicia local, intermedia y superior), y que al fin y al cabo está puesto en relación inmediata con el principio de jerarquización que preside todo el sistema administrativo castellano en la Edad Moderna.

Por otra parte, en todo momento hay que tener presente el hecho histórico de la formación de los distintos planos de ejercicio de la justicia. No hay que olvidar, pues estos hechos vienen a condicionar posteriormente todo el sistema organizativo castellano, que la Justicia se origina en distintos niveles. En primer lugar, el hecho de ser el ejercicio de la justicia un actividad inherente al propio poder del monarca, condiciona la fundamental justicia de la Corte con la consiguiente segregación de la justicia encomendada a las Chancillerías y a las Audiencias. Por otro lado, la realidad territorial castellana, afectó a la justicia inferior o local, a que permaneciese y se consolidase como un elemento básico para el desarrollo del sistema. Entre ambas justicias, la del rey y la local, se estableció otro nivel de carácter territorial, basado en las líneas fronterizas, que fue perdiendo vigor desde el siglo XIV, y que ya en el XVIII era sólo un residuo de lo que supuso en la Edad Media. Se va a intentar diseñar un esquema orgánico, que no organizativo, de los órganos que administraban la justicia del rey en Castilla, a partir de **tres líneas generales** que son en sí mismas un reflejo de la estructura piramidal y jerárquica de la burocracia Castellana.

1º.- Justicia local o inferior. Era la Justicia en Primera Instancia y estaba integrada por

Alcaldes Ordinarios

Alcaldes Mayores

Corregidores

2º.- Justicia Intermedia que la formaban

Adelantados Mayores

Alcaldes de Adelantamiento

3º. Nivel Superior de la justicia castellana.

Chancillerías y Audiencias

Alcaldes de Casa y Corte

Consejo de Castilla.

En este capítulo se va a hacer una breve reseña de las características de cada uno de estos oficios e instituciones, pues se hablará más extensamente de los jueces en general, y se hará un estudio de la Chancillería de Valladolid como paradigma de órgano colegiado, en el que se pueden estudiar el resto de las profesiones y oficios judiciales. En este momento se analizará, con mayor profundidad las figuras de los Abogados, Escribanos y Procuradores como profesiones forenses cuya labor influyó no poco en la evolución de la práctica de los tribunales, y consiguientemente, en el devenir del curso procesal, que es finalmente el verdadero objeto de este trabajo.

2.2.1. Los Alcaldes Ordinarios.

Eran estos Alcaldes los jueces de las pequeñas ciudades y comunidades castellanas. En un principio se habían correspondido con los llamados alcaldes foreros , por ser los que aplicaban el fuero; posteriormente, coexistieron con los alcaldes de designación real, como uno de los instrumentos de fortalecer y asegurar la monarquía castellana. Tenían el

carácter de *jueces ordinarios inferiores*, y eran todos los que habían sido puestos en ciudades, villas y lugares, para la administración de la justicia, juzgando en primera instancia “las pretensiones y controversias de los subditos del territorio o distrito jurisdiccional de cada juez”.²⁵ Pese a los intentos de los reyes por controlar el nombramiento de estos Alcaldes,²⁶ la realidad fue que durante siglos coexistieron ambos alcaldes, los nombrados por los concejos y los nombrados por el Rey. Tanto si el cargo era electo, como si procedía de nombramiento del rey o de su Consejo, los Alcaldes Ordinarios eran cargos anuales, y convivían dos en cada pueblo. Eran personas del lugar, que podían tener un cierto relieve entre sus convecinos, y el ejercicio del cargo conllevaba un notable prestigio social. Por otro lado, eran **jueces legos** en derecho, carecían de estudios legales, y para resolver las cuestiones jurídicas ante ellos presentadas, se veían obligados a nombrar un Asesor. Aunque también ocurría que, pese a su ignorancia en cuestiones de derecho, estos jueces locales, prescindían del asesor, e intentaban resolver las cuestiones por ellos mismos, produciéndose cierta confusión entre sus administrados. Esta circunstancia la describe gráficamente **Berní y Catalá**, cuando nos dice, que después de haber recorrido distintos lugares, ha observado que

“La confusión que padecen algunos Alcaldes Ordinarios, pues acompañándoles buen celo, no saben que hacerse en la Administración de la Vara, que por un año se les confiere. Si consultan con Abogado,

²⁵ GUARDIOLA Y SAEZ, “El Corregidor perfecto”, Pág. 45.

²⁶ *Todos los juzgadores para librar los pleitos sean puestos ~~por nuestra mano~~, o por los Reyes que después de nos vinieren, porque aquellos que son llamados jueces, o Alcaldes ordinarios para librar los pleitos, no los pueden poner otros.* N.R. 1.9.3.

y le sale mal, se desesperan; y como Alcalde, y Súbditos regularmente son labradores, se forman una justicia a su modo que apenas hay quien la entienda.²⁷

En la práctica, estos jueces legos recurrían al nombramiento del **Asesor** para tomar la decisión final en el pleito, y en lo que se refiere a las decisiones intermedias o interlocutorias, que no eran de fondo sino de procedimiento, o bien resolvían según “su leal saber y entender”, o recurrían a los consejos, no siempre saludables, del escribano de la causa, de ahí que se les aconsejase no escucharles en las recomendaciones que les diesen.

En un pleito seguido ante el Alcalde Ordinario de Villacastín en 1751, por el arrendamiento de unas tierras, el juez resuelve las cuestiones procesales por sí mismo. Pero en el momento de la conclusión para sentencia, decide que *para proveer conforme a Derecho se remitan al Licenciado José de Barreda Lombena, Abogado de los Reales Consejos de la ciudad de Avila, a quien Su Merced nombra por su Asesor*²⁸. Los asesores de los jueces legos, figura por otro lado muy frecuente en la administración de justicia de todo el Antiguo Régimen, se nombraban entre Abogados examinados por el Consejo de Castilla, y cobraban sus derechos directamente de las partes, que también tenían que hacerse cargo de los gastos de “llevada y traída” de los autos, desde la localidad en la que se estaba viendo el pleito, hasta el lugar de residencia del Asesor. Además eran frecuentes las recusaciones de los asesores nombrados para estos casos. Para recusar no hacía falta

²⁷ BERNI Y CATALÁ, “Instrucción de Alcaldes Ordinarios”, Pág. 1.

²⁸ CHAN. VALLA. P.A. 3782-3.

alegar un motivo, y aunque la petición de recusación no estaba fundada, los jueces preferían admitirla antes que soportar apelaciones por estos motivos. Se daban recusaciones consecutivas, hasta cinco seguidas en un mismo asunto, con una finalidad muy clara de dilatar el asunto.²⁹

Una vez que se había nombrado al Asesor, las partes se encargaban de llevarle los autos para que los estudiase y diese su parecer, y en base a él, el juez daba su sentencia o *auto definitivo, con acuerdo de asesor, que firmaba también como si interviniese directamente en su elaboración, aunque la decisión era del propio Alcalde. Se exigía la firma del asesor como una medida del control de las responsabilidades mutuas, de una decisión tomada “a medias”, en la inteligencia que por el dictamen del Asesor necesario no queda responsable el Juez Lego a sus resultados, y si por el del voluntario o electo por el mismo, por no estar obligado a seguir su parecer si no cuando entendiere que es arreglado.*³⁰

Estos jueces conocían en primera instancia de las causas civiles y criminales, aunque en algunos casos su competencia se limitaba a cuestiones de menor cuantía y a diligencias a prevención en lo criminal. Pero ante los Alcaldes Ordinarios se presentaban y resolvían peticiones que afectaban de forma importante a la vida social de las localidades castellanas, desde simples reclamaciones de cantidad, hasta reclamaciones de censos y cumplimiento de contrato, pasando por los siempre recurrentes temas arrendaticios.

La situación administrativa de estos jueces está dispersa por las normas recogidas

²⁹ Ver CHAN, VALLA. P.A. 3581-3.

³⁰ GUARDIOLA Y SAEZ, Ob. Cit. Pág. 48.

en la Nueva Recopilación, y en muchos aspectos se asimila a lo regulado para Alcaldes de Adelantamiento y Corregidores. Así, debían hacer relación-memoria de su actividad una vez finalizado el tiempo de su mandato, y en algunos casos podían estar sujetos a residencia o a reclamaciones posteriores. Les ocurrió a los que fueron Alcaldes Ordinarios del lugar de Bernardos, Segovia, en el año de 1762, a los que dos años después el Procurador Síndico del Común les reclamaba parte de la cuentas que tenían sin liquidar.³¹

Con todo, la importancia de estos jueces locales no estaba en la trascendencia económica de las cuestiones ante ellos ventiladas, ni en su aportación al mundo del derecho, sino más bien en haber sido una justicia próxima a los convecinos, resolviendo las cuestiones que para los habitantes del medio rural, eje central de su jurisdicción, resultaban de trascendencia social y personal. **Eran la Justicia próxima y conocida.**

2.2.2. Los Alcaldes Mayores.

Estos jueces de primera instancia resultan menos fáciles de precisar, en cuanto a su perfil administrativo, que los Alcaldes Ordinarios. Ejercían como jueces letrados en ciudades, no en pequeñas poblaciones. La historiografía está dividida en cuanto a adjudicarles su origen, Para una parte (**Lalinde Abadía, Gonzalez Alonso**) los Alcaldes Mayores tiene su origen histórico en los Adelantamientos, ya que estos oficiales ejercían como asesores letrados del Adelantado, pasando a sustituirles una vez que desaparecieron. Por otra parte **María Paz Alonso** considera a los Alcaldes Mayores más próximos al

³¹ A.H.P.S J-1027/25.

Corregimiento que al Adelantamiento, fundamentalmente por el carácter ambulante de este último frente a la estabilidad y localidad del otro. La realidad para el siglo XVIII es que eran verdaderos jueces letrados, vinculados a los Corregimientos como Tenientes-Asesores, pero que actuaban con autonomía. Lo cierto es que, para el periodo estudiado nos encontramos con Alcaldes Mayores en las principales ciudades castellanas: Segovia, Zamora Ciudad Rodrigo, e incluso, a la misma persona, el Licenciado Pérez de la Lastra está en Segovia entre 1755-57 y en Zamora en 1766-1768. La realidad es que ya a finales de la época moderna, estos jueces letrados se consideraban equiparados a los Alcaldes Ordinarios, y a los Corregidores como unos jueces más de instancia, pero con el especial matiz de ser letrados, cosa que no siempre cabía esperar de un Corregidor o de un Alcalde Ordinario. Lo demuestra el hecho de que en la legislación Borbónica se mencionan indistintamente a los Corregidores y a los Alcaldes Mayores, y aunque a los Alcaldes Mayores les correspondía nombrarlos al Corregidor, podía haber Alcaldes Mayores de nombramiento real, para las Ciudades en las que no había Corregidor. La identificación con estos otros oficiales está clara, pues todo lo que se dice para los Corregidores debe entenderse también para los Alcaldes Mayores.³² En cuanto a su integración en las estructuras políticas locales, en la Ordenanza de Intendentes y Corregidores de 1749, se prevee que en los casos en los que no haya Teniente de Corregidor, es decir, Alcalde Mayor, deberá ocuparse de sus funciones el Regidor Decano. En 1764 se sigue un pleito en Segovia en el que un hermano le reclama a otro las cantidades que le corresponden por haber pagado un censo. Es un pleito inacabado que comienza en septiembre de 1764, ante

³² NUEVA INSTRUCCIÓN PARA CORREGIDORES Y ALCALDES MAYORES. 1788. Cap. 5.

el Alcalde Mayor de la Ciudad de Segovia y su tierra, Licenciado Don José Moya, abogado de los Reales Consejos, y en el que la última resolución se dicta en septiembre del mismo año por Don Diego de Torres y Riofrío, “Regidor perpetuo de esta ciudad en quien reside hoy la jurisdicción Real y ordinaria por indisposición y ausencia de los Señores jueces que lo son en propiedad”³³

2.2.3. Los Corregimientos.³⁴

Hablar de Corregidores es hablar del paradigma de los jueces de la Edad Moderna, no en vano son los jueces que en mayor medida han trascendido al mundo de la literatura y de la expresión. Se asocia su oficio al oficio del juez poderoso y omnipresente, extenso en facultades y con marcada relevancia social. Pero aquí no vamos a conocer a los jueces, pues está reservado otro momento de este trabajo para tratar de este oficio trascendental social y políticamente hablando a lo largo de todo el período de Antiguo Régimen, si no que se va a intentar dar un idea de cual era la institución de los Corregimientos en el siglo XVIII, partiendo de su evolución anterior.

Para **Lalinde Abadía** el Corregimiento es una organización secundaria de carácter administrativo-judicial. Su principal valor está en la fuerza de control que tuvieron para la monarquía, al suponer una vía de penetración de la justicia real en los concejos.³⁵ Nace el Corregimiento en el siglo XIV, pero no es hasta el reinado de los reyes

³³ A.H.P.S. J-1236/11.

³⁴ Sobre los Corregidores es fundamental la obra de GONZALEZ ALONSO “El Corregidor castellano, 1348-1808”.

³⁵ MARÍA PAZ ALONSO, Ob. Cit. Pág. 109.

Católicos, en 1480, cuando adquiere su configuración definitiva; lo que comienza siendo como un instrumento de la monarquía para control de las organizaciones y jueces locales, se va definiendo y perfilando como una de las instituciones con competencias más extensas en el Antiguo Régimen, no en vano se hizo de ella una regulación minuciosa.³⁶ En el siglo XVI ya se puede decir que está consolidada como un elemento eje del sistema, configurándose el municipio residencia del Corregidor, como cabeza de Corregimiento. Se les consideraba los Magistrados *de mayor autoridad en los pueblos [...] y que representan al Soberano de quien dimana la jurisdicción civil y criminal.*³⁷ Además, de las extensas competencias en materia de Gobierno, tiene el Corregidor jurisdiccionalmente competencias en materia civil y criminal, actuando como juez de primera instancia en su demarcación, y como juez de alzas respecto de las decisiones de los jueces locales de su propio territorio. El Corregidor es un Magistrado que

“Contiene en sí mismo en los pueblos o provincias que gobierna, jurisdicción alta y baja, mero y mixto imperio, por el que son despachados los negocios contenciosos, castigados los delitos, y puestos en ejecución los actos de buena gobernación; trae Vara en señal de señorío y cargo que ejerce, y es el mayor después del Príncipe en la Republica que rije.”³⁸

No se puede hablar de Corregimientos y Corregidores sin hacerlo de los tenientes

³⁶ Son fundamentales la **Instrucción para Corregidores de 1500**, y la **Nueva Instrucción para Corregidores de 1788**.

³⁷ GUARDIOLA Y SAEZ, Ob. Cit. Pág. 45

³⁸ VILLADIEGO Y VASCUÑANA, “Instrucción política y práctica judicial”, Pág. 143.

de Corregidor. Estos oficiales reales eran siempre letrados, y suplían la falta de conocimientos técnicos que en la mayoría de los casos tenía el Corregidor; eran por lo tanto insustituibles en la institución del Corregimiento; la decisiones conjuntas del Corregidor y su Teniente equivalían a las de un órgano colegiado, haciéndolas suyas el Corregidor titular, por lo que las sentencias dadas por el Teniente de Corregidor no eran apelables ante el propio titular del Corregimiento. Además, en ausencia del corregidor, hacía directamente sus funciones el propio Teniente, sustituyéndole de forma automática.

La situación en el siglo XVIII no parece variar en gran medida sobre la que existía con anterioridad. Superados los años inmediatamente siguientes a la guerra de Sucesión, en los que se producen algunas alteraciones que no afectan a la estructura misma de la institución, como enejanaciones ocasionales, el Corregimiento sigue siendo la institución clave de la Monarquía, en este caso fuertemente centralizadora, para controlar la actividad en las ciudades. A lo largo de los años siguientes, se van dando disposiciones reguladoras de aspectos parciales de los Corregimientos, sobre su control, necesidades, representaciones, distribución. Se mantenía una cierta preferencia por los corregidores de Capa y Espada, sobre todo en las demarcaciones importantes, ya que implicaban cargos de confianza pública pues “pese a la tendencia a designar letrados para el desempeño de los Corregimientos [...], había casos en que era preferible contar con personas, quizá con menor formación jurídica pero más expeditivas a la hora de enfrentarse a los importantes asuntos cotidianos [...] y someter a unos Ayuntamientos todavía díscolos”.³⁹

³⁹ HERNANDEZ, Marino. “La evolución de un delegado regio: Corregidores de Madrid en los siglos XVII y XVIII”, Pág. 582.

La Ordenanza dada por Fernando VI el 13 de octubre de 1749, que regulaba las Intendencias de Provincias, además de las del Ejército, acumulando el oficio de Corregidor. Los nombramientos se hacían por tres años, con juicio de residencia. En cuanto a los Alcaldes Mayores, debían ser nombrados a propuesta del Consejo de Castilla. Desde ahí se va gestando una normativa que regulase la carrera para los Corregimientos, iniciándose con una petición de Campomanes a la Cámara de Castilla en 1768, y de dos sucesivas consultas de la Cámara de 1775 y 1781. En ellas se propone la creación de la escala de Corregimientos y Alcaldías Mayores, la duración en el cargo por seis años y la exigencia del título en Derecho y un examen previo; en los Decretos dados en 1783 se recoge toda esta política.

Pero la regulación más definitivamente completa corresponde a la **Instrucción de Corregidores de 1.788**. Se pretendió con esta disposición, cuya elaboración se hizo a través de la Cámara de Castilla a instancia del Fiscal Campomanes, hacer una sistemática normativa de los Corregimientos, en cuanto a la distribución territorial, situaciones administrativas de los Corregidores (entrada, ascenso y término), dotación económica, control de su actividad, tiempo de servicio y promoción. Esta Instrucción recoge variados ámbitos de la gestión del funcionario *sin aludirse apenas a su condición jurídica en cuanto a tal*.⁴⁰ Finalmente, hay que decir, que pese a los cambios estructurales que se producen en el siglo XVIII, vertidos en las reformas borbónicas, no se puede hablar de verdaderas modificaciones respecto de situaciones anteriores, pues incluso se mantiene la diferencia entre Corregimientos de Capa y Espada y Corregimiento de letras.

⁴⁰ GONZALEZ ALONSO, Ob. Cit. Pág. 255.

En general, como rasgos evolutivos y diferenciales de los corregidores en el siglo XVIII, se puede hablar de una mayor funcionalidad en el cargo, sin que sea necesaria una formación académica superior. Son años en los que se mejora la dotación económica de los oficios, lo que siempre supone una repercusión positiva en el ejercicio del cargo. En los nombramientos que se hacen en estos años para el oficio de Corregidor, se da una tendencia paulatina al aumento de la duración, sin especificarse el tiempo para el que se hacen. Al mismo tiempo, Madrid, su Corregimiento, se perfila como la culminación de la carrera profesional.⁴¹

En este momento hay que hacer mención a otra institución, que convive un cierto tiempo con los Corregimientos, pero cuya duración fue restringida. En 1711, Felipe V introduce la figura de los **Intendentes**, como un trasunto del funcionario local de representación y control real existente en Francia. Aunque en principio se definen con mayor importancia y claridad sus competencias militares, pasaran a superponerse sus funciones a las del propio Corregidor. Se mantiene así hasta la Real Cédula de 13 de noviembre de 1766, por la que se separan definitivamente Corregimientos e Intendencias, reservándose para éstos últimos las materias de Guerra y Hacienda mientras que los Corregidores mantienen intactas sus primitivas competencias de justicia y policía. Desde este momento, y hasta el reglamento provisional para la Administración de Justicia de 1834, los Corregimientos se consolidan en el sistema judicial español, y por lo tanto castellano, con la consistente regulación que de ellos se hace en 1788.

2.2.4.-La justicia intermedia. Adelantados y Alcaldes de los

⁴¹ HERNANDEZ MARINO, “La evolución de un delegado regio: Corregidores”, Págs. 582 y ss.

Adelantamientos.

Estamos ante una institución de la justicia castellana que en sí misma es una muestra de los rasgos que la caracterizan e indentifican. En primer lugar, son los Adelantamientos un claro ejemplo de lo que era la *justicia acumulativa*, en la que aparecían órganos superpuestos sin una previa planificación, simplemente por una extraña intención de permanencia y de persistir en instituciones que habían ido perdiendo sentido, como si existiese en el poder centralizado un cierto temor a eliminar o hacer desaparecer órganos que, habiendo surgido para unos fines y unas necesidades concretas, habían ido perdiendo su significado. La consecuencia más inmediata y evidente de esta superposición y de esta persistencia en los órganos, era la confusión competencial y las consecuentes disfunciones derivadas del caos estructural.

Nacen los *Adelantamientos* con una definida voluntad de control de un territorio mediante circunscripciones, al frente de las que estaba un Adelantado Mayor, que a parte de otras funciones, actuaba como juez de alzada en su territorio, resolviendo los recursos planteados contra los alcaldes ordinarios, al mismo tiempo que decidía en las causas derivadas de la comisión de delitos graves. A los Adelantados les acompañaban los Alcaldes del Adelantamiento, eran oficiales letrados de nombramiento real. Así concebido el sistema, tenía una justificación, pues estos jueces del adelantamiento resolvían conflictos y recursos en áreas del territorio alejadas espacialmente de la Corte, en las que podía resultar complicado para los particulares pretender ante la justicia cortesana simplemente por las dificultades derivadas de la distancia. Todos los oficiales que servían en un Adelantamiento, tenían carácter ambulante, del que se derivaba la obligación de

trasladarse periódicamente a distintos lugares de la circunscripción. Con el tiempo, este sentido de acercamiento de la justicia a territorios alejados y despoblados, se fue perdiendo, y en el siglo XV desaparecen los Adelantados como verdaderos jueces, quedando relegados a un plano meramente honorífico; pero las circunscripciones se matienen, y al frente de las mismas continúan los Alcaldes de Adelantamiento. Pese a la parcial desaparición de esta institución, la monarquía se empeña en regular aspectos parciales de su estructura y a mejorar las normas de funcionamiento. En 1543, y como consecuencia de la visita efectuada por un Oidor de la Chancillería de Valladolid a los tres adelantamientos existentes (Palencia, Burgos y León)), se dan unas Ordenzas⁴² a cerca de como han de actuar los Alcaldes Mayores de estos tres adelantamientos, extensiva a escribanos, abogados y otros oficiales. Además de insitirse en su carácter ambulante y en la obligación de trasladarse periódicamente a los distintos lugares de la circunscripción, se amplía su competencia en primera instancia, pues pueden actuar como jueces ordinarios en toda clase de procesos en su lugar de residencia extensivo a cinco leguas en torno,⁴³ dándoles también competencias para asuntos concretos en los que se actuaría por delegación o comisión del Rey, del Consejo o Chancillería. El conocimiento en segunda instancia de los recursos planteados contra las sentencias de las justicias ordinarias de su territorio, es otra cuña de distorsión en el orden jerárquico establecido para la resolución de los recursos, ya que se mantiene esta línea intermedia entre la justicia local y el primer escalón de la justicia superior, las Chancillerías, lo que supone una quiebra en el sistema

⁴² N.R. 18 a 75. 4. 3.

⁴³ MARÍA PAZ ALONSO, Ob. Cit. Pág. 112.

competencial de estos órganos.

En 1600 se dan otras nuevas Ordenanzas,⁴⁴ en las que se insiste en el cumplimiento de las anteriores y se dan nuevas instrucciones para resolver los conflictos, insistiendo en la necesidad y en la obligación de trasladar la Audiencia cada seis meses.

En el siglo XVIII continuaban existiendo los Alcaldes Mayores de Adelantamiento como verdaderos jueces letrados; lo que importa destacar es su carácter de justicias intermedias y ambulantes, y sus extensas competencias coincidentes con las de los Corregidores y con las de las Chancillerías y Audiencias.

2.2.5. Otros Jueces.-

En la estructuras orgánico-administrativas de la Justicia castellana, no sólo estaban confundidas las competencias de los distintos órganos que integraban la jurisdicción ordinaria, sino que además con ellos se entrecruzaban otros organismos que hacían funciones judiciales, superponiéndose a la estructura normalizada.

Los Alcaldes de la Hermandad fueron una creación de los Reyes Católicos, con unos fines muy concretos: Paliar la situación de bandidaje a la que se veían sometidas zonas despobladas de Castilla. Tenían jurisdicción ordinaria sobre robos y hurtos en campos y despoblados que se llevaba acabo por salteadores de caminos. Se elegían dos alcaldes en cada pueblo, y las justicias ordinarias podían conocer a prevención y auxiliarles en causas propias de su competencia. Era pues una jurisdicción especializada por la materia que podía conocer, que tenía sólo carácter penal, y en la que las injerencias con las justicias ordinarias se producían, en parte por la propia actividad de ambos tipos de

⁴⁴ N.R. 79.4.3.

jueces, y en parte por las sumisiones a las distintas jurisdicciones que se podían utilizar por las personas encausadas.

Los jueces Consistoriales, eran tribunales de apelación integrados por los Regidores de las ciudades, que conocían de los recursos interpuestos contra autos definitivos dados por los Alcaldes mayores de la misma ciudad en asuntos de pequeña cuantía económica, o en juicios sumarios. Estaban nombrados por la Justicia y el Regimiento de la ciudad, y constituían una verdadera “Audiencia”. Sus decisiones eran apelables ante las Chancillerías y las Audiencias. Su sentido radicaba en la posibilidad de controlar las apelaciones que llegaban a Chancillería, resolviéndose por este sistema los recursos en cuestiones de menor trascendencia y evitando así que colapsasen los altos tribunales.

En un pleito interdictal de obra nueva que se inicia en enero de 1766 ante el Alcalde Mayor de Zamora, se producen tres instancias. La decisión final del pleito dada por el Alcalde Mayor, es apelada ante los Jueces Consistoriales de Zamora, y la dada por estos, ante la Chancillería de Valladolid. Cuando se presenta la primera apelación, se da un Decreto por el que, estando juntos en el Ayuntamiento y Sala capitular, los Señores Justicia y Regimiento de Zamora, por parte de [...] se presentó el pedimento de apelación; admiten la apelación en cuanto haya lugar en derecho y “nombran jueces consistoriales para determinar la causa a los señores Don José Zuazo y Don Jerónimo Manrique, que por no haber concurrido en el Ayuntamiento, se les debe hacer saber para que ecepten el cargo y procedan conforme a derecho, para lo cual se les confieren todas las facultades necesarias. Cuando el demandado y apelado es notificado de esta decisión, presenta una

petición, en la que niega la competencia de los jueces Consistoriales para conocer de este asunto “conforme a la Ley Real recopilada” por ser de derecho perpetuo. Los jueces no responden y se limitan a nombrar un asesor.⁴⁵ No eran Tribunales constituidos con carácter permanente, sino que en cada asunto, de entre los regidores de la ciudad se elegían aquellos que debían resolver sobre una causa concreta. En cuanto a la excepción de competencia que presenta en el caso anterior el apelado, se basaba en el hecho de que estaban limitadas a asuntos de pequeñas reclamaciones, y el asunto en cuestión era un interdicto de obra nueva, juicio sumario, pero que no puede considerarse como un asunto reducido por su importe. El hecho, es que al apelarse sus decisiones ante Chancillería, no se estaba evitando que los recursos de poca importancia llegasen a este Tribunal, pues llegaban vía jueces consistoriales, con lo que el recurso intermedio que suponía esta instancia no hacía más que demorar más aún la decisión final.

El Tribunal de la Cruzada es un tribunal especial, creado en 1542 por una Bula Pontificia con el fin de recaudar ayudas para gastos de Cruzada y Ejecutarlos. Tenían jurisdicción preferente sobre los tribunales ordinarios, que estaban obligados a inhibirse a favor suyo. Su competencia se reducía ejecuciones dinerarias, pero las interferencias se producían en asuntos de otro tipo. Uno de los demandados en pleito de evicción y saneamiento de tierras, se niega a pagar la renta de las mismas por estar embargadas por el Tribunal de la Cruzada.⁴⁶

2.2.6. Los Tribunales Superiores o de Apelación. Las Chancillerías y las

⁴⁵ CHAN. VALL. P.A. 2791-2.

⁴⁶ CHAN. VALL. P.A. 3782-4.

Audiencias.

Al finalizar la Edad Moderna, se hablaba sin distinción de *Chancillerías* y *Audiencias* para referirse a los tribunales de Apelación que habían sido creados desde el siglo XV con la inicial Chancillería de Valladolid como modelo, que siguieron prácticamente todas la Audiencias que la Monarquía fue disponiendo en distintos puntos del territorio. Suponían auténticos instrumentos institucionales al servicio del poder real,⁴⁷ y eran tribunales territoriales, y aunque no llegaron a tener nunca poder político, constituyeron grandes mecanismos judiciales, poderosos y respetados.⁴⁸

El mapa de Audiencias Territoriales que existía en 1790, fecha de la creación de la Audiencia de Cáceres, se había ido diseñando por criterios geográficos y jurisdiccionales, y en una línea de descentralizar y especializar la Justicia era, con referencia a su cronología el siguiente:

Chancillerías de Valladolid y Granada, con una competencia territorial definida por la línea del río Tago, por otra parte no siempre respetada. Las Audiencias de Galicia (1480 y 1504) y Sevilla (1556) venían a suplir las deficiencias que el gran espacio territorial adjudicado a cada una de las Chancillerías suponía en la presentación y adjudicación de los asuntos. Canarias (1568, 1666) y Mallorca (1571) tuvieron el mismo sentido de cobertura territorial. Con la llegada de la dinastía Borbónica y el final de la Guerra de Sucesión, la planta de las audiencias castellanas se extiende a los territorios de la Corona

⁴⁷ RODRIGUEZ SÁNCHEZ, “Treinta de mayo de 1790. La Real Audiencia de Extremadura (1790-1990)”, Pág. 41.

⁴⁸ DESDEVISES DU DEZERT, “La España del Antiguo Régimen”, Pág.360.

de Aragón, creándose una audiencia en Valencia (1707), así como en Aragón y Cataluña (1707, 1716). Finalmente, y dentro de los territorios castellanos, se crearon las Audiencias de Asturias y de Extramadura (1717 y 1790). Esta planta se mantuvo en el siglo XIX, añadiéndosele nuevas Audiencia, llamadas ahora Audiencias Territoriales, siendo la mayoría coincidentes con los actuales Tribunales Superiores de Juticia.

Una planta así distribuida, que estaba impulsada por criterios territoriales y de necesidad de reducir el área de competencia para acercar la justicia al mayor número de población, otras veces por motivos políticos, partía siempre del patrón tipo de la Chancillería de Valladolid, excepto en el caso de la Audiencia de Galicia, que nace subordinada a la Chancillería de Valladolid, ya que sus decisiones podían ser recurridas ante este órgano, y se estructuraban con un Gobernador-Presidente y Alcaldes Mayores como jueces integrantes.

Eran instituciones que iban más allá del mero tribunal de resolución de apelacion, pues sus competencias sobrepasaban las meramente judiciales, ya que administrativamente podían inspeccionar o “visitar” otros órganos, nombrar a oficiales o imponer determinadas sanciones. De estos deberes extrajudiciales, la mayoría eran responsabilidad del Presidente, que además de ocuparse de los actos meramente administrativos del tribunal, y de supervisar el trabajo de las distintas salas, también actuaba como magistrado, viendo los pleitos, estudiándolos y votándolos como cualquier oidor.⁴⁹ Estaban presididas por un Presidente, después, y para algunas Audiencias, por un Capitán General o Regente, cuyo

⁴⁹ KAGAN, Ob. Cit. Pág. 168.

poder de decisión era grande, y estaba revestido de un gran prestigio profesional y político, pues de estos cargos, en la carrera administrativa, se solía acceder al de miembro de alguno de los Consejos. El Presidente de la Chancillería de Valladolid, fue un personaje de gran peso social y político, no sólo en la ciudad, sino en las instancias judiciales de la demarcación, estando su toma de posesión revestida de solemnidades institucionales de envergadura. El Presidente, con los Oidores, formaban el Real Acuerdo, que era la reunión colegiada en pleno de todo el tribunal, y en el que se hacía la toma de decisiones de fondo y se discutían los asuntos, así como las cuestiones administrativas que eran competencia de la Chancillería.

Las Chancillerías y Audiencias estaban divididas en varias Salas, para el conocimiento de los asuntos. La línea divisoria fundamental interna de estos Tribunales la marcaba la competencia sobre asuntos civiles y criminales, ya que los jueces integrantes de las mismas tenían distinto carácter, siendo más técnicos y de mayor categoría los que formaban las salas civiles, los *oidores*, que los jueces criminales, *alcaldes del crimen*. En las Chancillerías de Valladolid y Granada existía una sala específica llamada *Sala de Hijosdalgo*, y en la de Valladolid un Juez *Mayor de Vizcaya*.

Al ser organismos con gran volumen de asuntos, y por tener el carácter de tribunal Superior, estaban dotados de un número elevado de oficiales y subalternos que auxiliaban en las distintas labores judiciales y administrativas. Los Fiscales, Relatores, Escribanos, Procuradores, Abogados, Alguaciles y Receptores, eran los integrantes de un mundo amplificado de administrar la justicia, pues el sistema de recursos jerarquizados que estaba

establecido en el derecho castellano, unido al afán litigioso de los castellanos,⁵⁰ había ido produciendo una hipertrofia funcional de estos tribunales. Mientras, en el siglo XVIII, un pleito ordinario declarativo ante un Alcalde, Ordinario o Mayor, o un Corregidor, se ventilaba en un tiempo que venía resolviéndose entre seis meses y un año y medio en los casos más prolongados, las apelaciones se retrasaban en Chancillería más de dos años en muchos de los negocios. La dilación no cabe tenerla en cuenta de forma absoluta, pues hay que valorarla en el contexto procesal de cada uno de los tipos de asunto. Los pleitos en primera instancia suponían un trámite, con fases y tiempos procesales, con intervenciones dilatorias de las partes, que necesitaban desarrollarse en unos tiempos específicos. Por el contrario, los recursos de apelación y suplicación, ambos competencia de Chancillerías y Audiencias, no precisaban prácticamente trámite; no se hacían pruebas ni alegaciones de las partes, salvo las iniciales de los motivos de la apelación que presentaba el apelante al formalizar su recurso, y el apelado al contestar a la apelación de su contraria. La valoración que hacía **Campomanes** de estos Tribunales superiores era muy negativa, pues no les reconocía capacidad de resolver realmente los recursos en un tiempo estimado como aceptable.

“Los innumerables procesos que se amontonaban cada día necesitarían para su pronta resolución veinte salas en cada chancillería, con un número correspondiente de subalternos y aún así sufrirían retrasos,[...] pues a penas hay un proceso que se juzgue definitivamente en primera instancia. Los retrasos que se aprecian en la resolución de los litigios son una razón más

⁵⁰ Ver KAGAN, “Pleitos y pleiteantes en Castilla, 1500-1700”.

para que los que no tienen la razón de su parte, presenten la apelación de su causa, con la esperanza de dar por fianalizado el asunto.[...] Las dificultades de apelar a las Chancillerías han hecho de los jueces verdaderos déspotas.⁵¹

Pero si en la sustanciación de los recursos las Audiencias castellanas eran lentas, con lo que sus decisiones perdían eficacia, eran tribunales que tenían también competencias en primera instancia. Como un residuo del antiguo *rastro*, conocían en primera instancia de las cuestiones que surgiesen o se planteasen en su demarcación territorial de la ciudad de Valladolid, y de los llamados *Casos de Corte*. Estos asuntos, penales y civiles, podían ser presentados , sustanciados y fallados por la Chancillería al adjudicárseles un valor especial. Dentro de la jurisdicción criminal, se entendían como tales aquellos que tenían carácter de mayor gravosidad, entre los que estaban la muerte, la pérdida de miembros, el actuar en lugar descampado. En cuanto a los reservados para el área privada, el criterio que definía los casos de corte era el de la protección de los menos protegidos, tales como huérfanos, viudas y pobres. La iniciativa se dejaba a la decisión privada que era quien debía interponer la correspondiente demanda o querella. De hecho, en la vía civil, se daban estas reclamaciones, sobre todo las formuladas por mujeres viudas en defensa de sus intereses.

Quedan así dibujadas las Audiencias como auténticos tribunales de apelación, situándose en una línea fronteriza entre las justicias locales y la justicia suprema que era el Consejo de Castilla. Fueron instituciones decisivas para el desarrollo de la

⁵¹ Citado por DESDEVISES DU DEZERT en la obra mencionada, Pág. 363.

administración de justicia castellana a lo largo de toda la Edad Moderna, y pese a sus defectos estructurales y funcionales, supusieron un punto de referencia para los juristas y hombres del derecho.

2.2.7. La justicia suprema. El Real y Supremo Consejo de Castilla.

“Ninguna Monarquía pudo existir sin Consejo o Senado, como un centro al cual los Señores reyes remitiesen los negocios generales para su consulta, y fuesen los de justicia por orden gradual de apelación o última instancia.”⁵²

Este órgano de gobierno y justicia, que nace como una necesidad de apoyo y colaboración con el rey, se había convertido, en el siglo XVIII, en un gigante del gobierno, de la justicia y de la burocracia. Dentro del sistema polisinodial castellano, el real y supremo Consejo de Castilla era quien, con el Rey, ejercía efectivamente el poder. Surgido como una necesidad cortesana, es creado definitivamente a partir del consejo del Rey, en el siglo XIV, reorganizado por los Reyes Católicos, y ampliado por Felipe II, fue definitivamente constituido en 1691. Después de la Guerra de Sucesión, se añadió a sus atribuciones las del Consejo de Aragón, extendiéndose definitivamente a todos los territorios de la monarquía borbónica. Después de la guerra, **Macanaz y Orry** intentaron varias reformas, en 1713 y 1714, no teniendo buena acogida sus proyectos, por lo que en 1715 se restableció la situación anterior,⁵³ manteniéndose sin cambios significativos hasta

⁵² ESCOLANO DE ARRIETA, “Práctica del Consejo real”, Pág. 1.

⁵³ La intención última de los reformistas era la de disminuir el poder de los Consejos y los intereses de los grupos de Letrados. La burocracia tradicional castellana participaba en sus propios nombramientos desde la Cámara de Castilla. Con la reforma se pretendía aumentar el número de los consejos, crear tenientes de Alcaldes, dar entrada a los colegiales, y sobre todo establecer una presidencia colegiada, formada por tres ministros.

1808.⁵⁴

En líneas generales, la evolución de este alto tribunal se puede resumir en tres etapas.:

1ª.-Creación del Consejo en las Cortes Valladolid de 1385, hasta el momento en el que se expande el sistema polisinodial que habría de informar todo el sistema político de la monarquía castellana, y que coincide con la derrota de las comunidades.

2ª.-Es la etapa más amplia, y coincide con el tiempo que va desde el momento histórico anterior, y el año 1808. Es época de desarrollo en el primer siglo, de anquilosamiento en el XVII y de cambio frustrado con los Borbones en el XVIII.

3ª.- Es la más breve, comprende desde 1808 hasta 1834, año en que se produce la supresión definitiva del Consejo de Castilla.⁵⁵

El Consejo de Castilla, que nace como un órgano asesor del monarca, llega a ser con el tiempo, el centro de la administración castellana, el auténtico núcleo de la monarquía. Era además el alto tribunal de justicia administrativa, civil y criminal.

Desdévise du Dezert nos hace un descriptivo retrato del Consejo en el momento central de su historia:

“El Consejo tenía derecho al título de Alteza, e incluso, en determinadas ocasiones, al de Majestad. La rigurosa etiqueta impuesta a sus miembros, la invariable regularidad de sus ocupaciones, la minuciosidad de su proceder, la gravedad de los temas tratados, la lentitud de sus decisiones, la aparente simplicidad de su organización, la prodigiosa complejidad de sus tareas, el corto número de

⁵⁴ DESDEVISES DU DEZERT, Ob. Cit. Pág. 294.

⁵⁵ SALUSTIANO DE DIOS, “Fuentes para el estudio del Consejo Real de Castilla”, XVI.

consejeros y la multitud de subalternos, contribuían a dar al Consejo una fisonomía muy particular y eminentemente nacional.”⁵⁶

Los miembros del Consejo se nombraban directamente por el rey entre personas que habían desempeñado otros cargos anteriormente, como meta última del *cursus honorum*. Habían sido presidente, oidor o alcalde en alguna Audiencia, y se le suponía una formación de peso derivada de la trayectoria profesional. La institución no estaba integrada por más de treinta ministros en el siglo XVIII, habiéndose mostrado siempre la monarquía reticente a aumentar el número de consejeros, pues aumentar su número habría puesto en entredicho su prestigio. *Más que eficacia, la justicia española parece haber buscado la humanidad que siempre había echado de menos.*⁵⁷

EL CONSEJO REAL DE CASTILLA.

En un principio, los órganos que actuaban vinculados a la esfera personal del Rey, cuyo origen está en los tribunales cercanos al monarca, a los que éste encomendaba funciones de administrar justicia, tienen atribuidas las mismas competencias jurisdiccionales que el propio monarca, con efecto prolongado o delegado a sus tribunales colaboradores. En el ámbito penal,⁵⁸ juega el principio de justicia retenida que permite al rey conocer en cualquier momento de cualquier proceso.

Para **María Paz Alonso**, "este principio, característico del Antiguo Régimen,

⁵⁶ DESDE VISES DU DEZERT, Ob. Cit. Pág. 295.

⁵⁷ FAYARD, "Los miembros del Consejo de Castilla. (1621-1746)", Pág. 4.

⁵⁸ En el ámbito civil también se dan supuestos de avocación, pero son más limitados

actuará como sustituto de la competencia jurisdiccional de los órganos vinculados a su esfera personal. Por ello no es posible conocer su jurisdicción sin tener en cuenta esta estricta vinculación real"⁵⁹

Para ésta autora es también decisivo para entender las atribuciones y competencias de los órganos superiores de Justicia, no sólo el principio de justicia retenida, sino también el que se mantengan dos órdenes superiores para la administración de justicia: la esfera personal del Rey y las Audiencias y las Chancillerías, como un intento descentralizador y agilizador de la actuación jurisdiccional

Al mismo tiempo, está establecida la posibilidad de que el Consejo conozca de todos los pleitos que convengan al servicio del rey, lo que supone una vaga delimitación de competencias, o más bien una imprecisa atribución de las mismas dada la gran amplitud que se le atribuye. Si de las sentencias dictadas por el Consejo sólo cabe una suplicación ante el mismo Consejo o ante el Rey, esto supone una identificación de competencias que se puede entender como la vinculación directa del Consejo al Rey, o a "sensu contrario" una delegación sin límites que hace al rey en el Consejo como un resto de la confianza entre el rey y sus consejeros personales. Ante esta situación de vinculación entre el rey y el Consejo no es extraño que no se enumeren sus competencias, ya que se supone que conoce en los mismos casos en que conoce el rey "con suprema y real jurisdicción".

El hecho de que la Corte gozase de un fuero especial en la práctica ocasionaba disfunciones en el seguimiento del proceso. Pero lo que en realidad determina la especial situación en que se encuentra el Consejo, es por extensión de la potestad real, la

⁵⁹ MARÍA PAZ ALONSO. "El proceso penal en Castilla". Pág.115

posibilidad de retener o advocar cualquier asunto, sin que exista una base de procedimiento o una competencia expresa.

Resumen de la evolución histórica.

Antes del reinado de Alfonso X, ya existía en la Corte un número diferente de Alcaldes y Jueces, que reunidos integraban el Tribunal de la Corte del rey. Este rey constituyó en la Corte un tribunal formado por un número no fijo de Alcaldes, como tribunal ordinario competente para conocer los asuntos originales en la Corte, y de las querellas y apelaciones atribuidas al propio rey. Posteriormente, en las Cortes de Zamora de 1274, se fijan en veintitrés los Alcaldes de Corte (nueve para Castilla, ocho para León y seis para Extremadura); al ser la corte itinerante una parte de estos Alcaldes acompañan al Rey, e incluso se dispone que existan tres hombres conocedores de los fueros. Además, el Adelantado Mayor de la Corte, conocía de las apelaciones de los Alcaldes de Alzada y de los Jueces Adelantados.

Este incremento de la importancia del órgano asesor del monarca puede derivar de la introducción del Derecho Común, en primer lugar porque en el sistema romano existía una institución similar y además por la necesidad de asesoramiento letrado al monarca.

La creación del Consejo Real es del año 1385 en las Cortes de Valladolid y estaba integrado por 4 prelados, 4 ciudadanos que serían letrados y cuatro caballeros. De la Ordenanza fundacional se desprende un equilibrio entre las fuerzas estamentales, y no se le atribuye naturaleza representativa

Con el tiempo el número de consejeros fue variando, y sus miembros serían nombrados entre personas designadas en las Cortes. El Presidente aparece en 1402 y en

1406 se dan las "Ordenanzas" sobre funcionamiento y régimen interno del Consejo. El Consejo Real tenía reservado el conocimiento de casos de Corte . **María Paz Alonso**

⁶⁰enumera estos casos de Corte , siguiendo a **Pérez de la Canal**

- Hechos que causaban un daño grave al rey o al reino.
- De estos casos, no especificados, podía conocer y fallar bien el rey, bien los Jueces de Corte.
- El derecho a aplicar en la sustanciación y resolución de estos casos de Corte, eran la ley y las costumbres de la Corte, no los Derechos locales.
- Se oían y fallaban en la corte.

En un principio estos casos eran de carácter criminal y se fijaron en nueve, posteriormente fueron aumentando en número y su ámbito objetivo excedió a materias no penales.

Mientras en la Chancillería se despachaban las sentencias de estos jueces que eran selladas por el Chanciller, creándose así una vinculación entre el Tribunal de la Corte y el Chanciller para determinados aspectos de dependencia funcional. Por el contrario, y paralelamente, el hecho de que la Chancillería implicaba un aparato de burocracia personal y material cada vez de mayor importancia, hacía que no pudiese acompañar a la Corte en sus desplazamientos y que un número variable de Alcaldes no la siguiese. De ahí que se produce un distanciamiento entre la Casa y Corte del Rey y la Chancillería.

Hasta las Cortes de Toledo, el Consejo supone un marco de enfrentamiento entre el Rey, la nobleza y las ciudades. El control del monarca se canalizará através de los

⁶⁰ Ob. Cit. Pág. 116

Letrados, y la nobleza y las ciudades intentarán acaparar los puestos.

A finales del S.XIV aparecen ya diferenciados los dos ámbitos de la justicia superior: la Chancillería por un lado y por otro los alcaldes de Casa y Corte y el Consejo Real, ambos con competencias jurisdiccionales y de gobierno.

- En las Cortes de Toro de 1371, se fija el número de oidores en siete y los Alcaldes en ocho, además de dos alcaldes de Rastro. En cuanto a la competencia exclusivamente criminal de los Alcaldes, para **María Paz Alonso**

"La atribución exclusiva de la competencia criminal a los Alcaldes de Corte y Chancillería pudiera deberse al hecho de ser estos los antiguos alcaldes de las provincias del Tribunal Real, conocedores en primera instancia de los Casos de Corte que en principio eran todos de índole penal"⁶¹

Hasta el reinado de los Reyes Católicos "el consejo no funcionó con regularidad; el número de sus miembros dependió del capricho de los monarcas, y un nombramiento de consejeros, a menudo no era mas que un título honorífico"⁶² Los Reyes Católicos, en su intento de reorganizar la Administración de Justicia dan en las Cortes de Toledo de 1480 una ordenanza en la que se regula la composición del Consejo: los arzobispos, grandes del reino y maestros de órdenes tienen Derecho de asistencia pero no de voto; con voto asisten ocho o nueve letrados, tres caballeros, y un prelado. Todos sus miembros se distribuyen en cinco salas:

1 - con competencia en asuntos exteriores (posteriormente, a partir del reinado de

⁶¹ MARÍA PAZ ALONSO, Ob. Cit. Pág. 118

⁶² FAYARD, J. " Los miembros del Consejo de Castilla". Siglo XXI. 1982. Pág.6

Carlos I estos asuntos pasan al Consejo de Estado).

2 - Sala de Justicia.

3 - Hacienda y Patrimonio Real.

4 - Orden público, a la que acudían representantes de hermandades.

5 - otros asuntos.

Debido a que los Reyes Católicos estaban muy interesados en alejar a la nobleza del ámbito de toma de decisiones, esta ordenanza atiende más a la composición que a las competencias del Consejo de Castilla. Desde este momento, el Consejo deja de ser el lugar de disputa de la nobleza y se transforma en un órgano eminentemente técnico al servicio de la corona, conservando su condición de instrumento de dominación de la clase nobiliaria.⁶³ El aumento del número de Letrados equivale a mejorar su carácter técnico y un mayor control real, aunque señores y obispos continuaron teniendo preferencia.

A partir de ahí se puede hablar de continuidad del esquema de los Reyes Católicos, adaptándolo a la realidad imperial y a la nueva situación polisinodial, y el Consejo se fue restringiendo a asuntos de justicia y gobierno, al mismo tiempo que aumenta el poder del Presidente. La mayoría de las disposiciones que se dan en los reinados de los Austrias mayores van dirigidas a regular las cuestiones de funcionamiento, principalmente en el control de Fiscales, Relatores y Escribanos. Se crea el cargo de tasador de derechos de procesos, y el de Juez de Ministros para el control de los oficiales reales.

Al mismo tiempo se producen quejas de las Cortes sobre la actitud procesal del Consejo pidiendo que se desvien pleitos a las Audiencias. También hay peticiones para la

⁶³ DE DIOS, "Fuentes para el estudio del Consejo Real de Castilla", Pág. XVIII.

creación de una Sala que conociese en exclusividad de los negocios de justicia.

Esta situación se mantiene hasta que en 1588 Felipe II crea la **Cámara de Castilla**.⁶⁴ Su intención es la de limitar la actividad de Justicia en beneficio de la de Gobierno. En las **Ordenanzas** dadas en 1598, estructura el Consejo en cuatro salas: una de gobierno y tres de justicia, aunque persiste la indefinición de competencias entre las cuatro salas, pues *tal distinción[...] nunca pudo llegar a realizarse en un orden juridico-político absolutista, cimentado sobre la figura del Rey, en quien se acumulaban todo tipo de competencias, y en cuya persona se confundían los poderes de gobierno y justicia.*⁶⁵

Hasta la llegada de los Borbones se puede hablar de un estancamiento del Consejo de Castilla, en parte por la rutina, en parte como un reflejo de la decadencia general castellana. En cualquier caso, la lentitud y el exceso de formalismo en los trámites, es determinante de su poca efectividad. Durante el S.XVII se reestructura el Consejo en salas por R.C.de 1608, en 1627 se da una disposición sobre la necesidad de una segunda Sala de Gobierno y se aumenta el número de consejeros en 1691, fijándolos en veinte.

Con la llegada de los Borbones se producen alteraciones.

Decreto de 10 de Noviembre de 1713.

- El Presidente es suprimido y reemplazado por una junta directiva, compuesta por ~~cinco~~ miembros.
- Desaparecen la Cámara de Castilla y los Fiscales.
- El número de Consejeros aumenta a venticuatro.

⁶⁴ No.R. 1.4.4.

⁶⁵ DE DIOS, Ob. Cit. Pág. 42.

Mediante este decreto, que fué obra de **Macanaz y Orry**, se restaba influencia al Consejo y sometía a un control real más directo. Se crean tres figuras nuevas:

- El Fiscal General, cargo que ocuparía Macanaz, y que pretendía ejercer un control inmediato sobre las funciones del Consejo.
- Dos abogados generales, que ejercían control sobre los informes de los consejeros, lo que suponía falta de independencia de los magistrados.

El 9 de Junio de 1715, Felipe V deroga el decreto de 1713, debido a las tensiones entre Macanaz y los Consejeros, volviéndose a la situación anterior a 1713. Como sucedió en tiempos de Felipe II, la reforma del Consejo se encuadra dentro de un vasto y ambicioso plan para reorganizar el aparato insitucional de la Monarquía, aunque ahora con mucho mayor alcance.⁶⁶

A partir de aquí, y hasta su supresión el Consejo de Castilla, sólo fue regulado en cuanto a competencias y aumentando el número de Consejeros, que en 1717 se fijó en venticuatro y en 1766 en treinta.

Durante el S.XVIII la importancia y la influencia del consejo de Castilla fue decreciendo, y sus funciones fueron relegadas a las de carácter judicial. **Fayard**,⁶⁷ cita un texto, que a su vez está citado por **Rodriguez Villa**, de 1878,

"Don Cenón de Somodevilla, marqués de la Ensenada" , (Madrid 1878. pag 132):
"Dejan al Consejo de Castilla con sólo lo de Justicia y criminal, patronato y cuidado de la Jurisdicción Real".

⁶⁶ DE DIOS, Ob. Cit. Pág. 72.

⁶⁷ J.FAYARD, Ob. Cit. Pág. 9

Durante el periodo de influencia de Godoy, se intervino en las competencias de administración de justicia, estableciendo la no ejecutoriedad, de las sentencias de la Sala de Mil Quinientas, sin la aprobación del secretario de Estado, hasta llegar al enfrentamiento entre Godoy y el Consejo. En 1808, el Consejo de Castilla no juró a José Bonaparte como rey y se hizo responsable de Madrid. Suspendido por Napoleón, sus miembros aparecen en el Tribunal Supremo de Cadiz. Reapareciendo en 1814, para desaparecer definitivamente en 1834.

Dentro de la evolución, es importante el año 1704, en que se suprime el Consejo de Aragón, con lo que el Consejo de Castilla se convierte en Consejo Superior de España.

1. COMPOSICION Y ESTRUCTURAS DEL CONSEJO DE CASTILLA.

En la 1.1 T.3 L.2, Nueva Recopilación, después de reconocer la necesidad que tienen los Reyes de tener cerca "un buen Consejo", se establecen tres principios para organizar este Consejo.

- A quién se debe elegir por Consejero.
- En que orden estarán los Consejeros en el Consejo.
- Tener en cuenta cuál consejo deben seguir.

Se elegirán "varones expertos en virtudes, temerosos de Dios, en quien haya verdad, y sean ajenos de toda avaricia y codicia, y amen al servicio de los Reyes, y guarden su hacienda [..], y sean naturales del reino [...]. Y así mismo que sean personas sabias, viejos, y expertos y doctos en las leyes y derechos".⁶⁸

⁶⁸ N.R. 1.1, T.3, L.2

El primer número de consejeros lo fijó Enrique II en las Cortes de Burgos del año 1406 en "doce hombres buenos".

Los Reyes Católicos establecieron que residiesen en el consejo: un prelado, tres caballeros y hasta ocho ó nueve letrados (1480, Cortes de Toledo) y Felipe II, fijó el número en un presidente y dieciseis letrados, para administrar justicia y gobernar.

La situación continuó hasta el año 1608 en que Felipe III organiza el Consejo en Salas y establece el orden en que se conocerá de los negocios.

1 - Se forma una Sala de Gobierno con cinco consejeros y el Presidente.

2 - Para los asuntos de justicia se establecen tres Salas en las que se repartirán los once consejeros restantes, dos de justicia y uno de Mil y Quinientos.

3 - Se ordena que cesen en el ejercicio de su cargo los treinta jueces letrados que están nombrados ahora para cumplir las comisiones del Consejo una vez que finalice el tiempo para el que fueron nombrados. Con una clara intención de limitar estas comisiones "por los inconvenientes que se siguen en frecuentarlos". Felipe V fija la nueva planta del Consejo en 1701, estableciéndola en un Presidente o Gobernador veinte Oidores y un Fiscal; Fiscal que no tendría voto (1.3, T.II, L. V Novísima Recopilación).

Es fundamental el Decreto de 9 de Junio de 1715 restituyendo al Consejo a su antigua planta, ya que se fija definitivamente sin composición y estructura en Salas. Los Consejeros se fijan en ventidos repartiéndose de la siguiente manera:

Ocho Consejeros y el Presidente en la Sala de Gobierno

Cuatro en la Sala de Justicia.

Cuatro en la Sala de Provincia.

Cinco en la de Mil y Quinientos.

Uno en la Sala de Alcaldes.

Se suprimen igualmente las plazas de supernumerario. En este mismo decreto se restituyen los escribanos de Cámara y Relatores, excepto el Escribano de Cámara de Gobierno que será sustituido por el Secretario de Cámara de Justicia.

2. COMPETENCIAS DEL CONSEJO Y DE SUS SALAS.

Como Consejo Pleno se entendía la reunión de las diferentes Salas y el Presidente y despacha los asuntos que remite al Rey el Consejo para que se consulte sobre ellos, decidiéndose en sesión plenaria.

Elizondo⁶⁹ hace una enumeración de cuales son estos asuntos entre los que se entresacan los que tienen relación con la Administración de Justicia: visitas generales y ordinarias de cárceles, juramento de todos los ministros del Consejo, Alcaldes y Fiscales, recusaciones, señalamiento de días para votar los pleitos vistos en las distintas Salas, instancias para que se declaren los pleitos por no vistos.

También conocerán, sin especificar sala, de los nombramientos de Corregidores y de Pesquisidores de ciudades y villas (1.10, T.4, L.2 Nueva Recopilación)⁷⁰ y de las cosas que tocan a perjuicio de las partes (1.11) despachándose todas las peticiones de justicia, aunque vayan dirigidas al rey.

⁶⁹ ELIZONDO. “Práctica Universal Forense”. Segunda impresión Madrid 1770. Pág.310

⁷⁰ Fué modificado por auto acordado de 1721 por el que se determina que conozcan de los nombramientos la Secretaría de Gracia de la Real Cámara

En las Ordenanzas de Toledo de 1480 se establece la competencia del Consejo para conocer de plano en causas civiles y criminales que se puedan despachar una vez sabida la verdad; y la obligación de remitir a las Audiencias y Chancillerías los pleitos que deban resolverse en ellas. (1.23, T.4, L.2, Nueva Recopilación).

2.1. SALA PRIMERA DE GOBIERNO.

En la mencionada Cédula del año 1608 (1.62, T.4, L.2, Nueva Recopilación) se dividió el Consejo en Salas creándose una Sala de Gobierno; posteriormente y por consulta del Presidente del año 1627, se convino en la necesidad de que las Salas de Gobierno fuesen dos, pasando a la Segunda los asuntos que no pudiesen ser resueltos en la Primera, y reservándose ésta los asuntos de mayor gravedad.

La Sala Primera tenía una competencia muy amplia ya que conocía en cuestiones referentes a Iglesia, nobleza, enseñanza, asistencia pública, economía, y administración. En el aspecto judicial hay que destacar los conflictos de jurisdicción y las quejas contra Corregidores.

Dou y Bassols⁷¹ dice que conocerá ésta Sala:

"De los recursos de la Sala de Alcaldes de Casa y Corte, de quejas de los procedimientos de las Chancillerías y Audiencias y demás magistrados del reino, y de competencias de jurisdicción, de auxilatorias para jueces de residencias y de los que deben dejar el empleo fenecido su término, de si han de despachar jueces de Comisión, [...] recursos pertenecientes al juez de penas de Cámara, observancia de los aranceles de los tribunales, incorporación de abogados en audiencias y colegio de

⁷¹ DOU Y BASSOLS. Ob. Cit. Pág. 180

Madrid y conservación de archivos".

Conserva esta Sala, como función gubernativa, la competencia para resolver todos los conflictos de jurisdicción y de competencia entre todas las justicias del reino, ya sean Corregidores o Jueces locales, o miembros de Audiencias y Chancillerías.

Además en esta Sala han de jurar sus oficios todos los nombrados para desarrollar funciones judiciales o subalternas.

A partir de la Instrucción de Corregidores de 1788, los miembros de la Sala Primera de Gobierno, en su calidad de Superintendentes de los siete partidos en que está dividido el reino deben mantener correspondencia con los Corregidores de su distrito: "esta superintendencia se dirige a facilitar al Consejo el modo de enterarse radicalmente del estado del reino y de mejorarlo".⁷²

2.2. SALA SEGUNDA DE GOBIERNO.

Esta Sala, creada para asumir el exceso de asuntos que soportaba la Primera asumía todas las cuestiones de carácter contencioso derivadas de la actuación de la Sala Primera.⁷³

Los recursos de fuerza, que suponen conflicto de competencia con la jurisdicción eclesiástica, se plantean en la Sala Primera, y se deciden en la Sala Segunda. Ateniéndonos solamente a las competencias jurisdiccionales, conoce con carácter de tribunal superior, de los recursos de injusticia notoria de las Chancillerías y Audiencias;

⁷² DOU Y BASSOLS. Ob. Cit. Pág. 185

⁷³ DOU Y BASSOLS. Ob. Cit. Pág. 185. Dice siguiendo a SALAZAR que "conoce de los expedientes de la Sala Primera, luego que se hagan contenciosos".

de las instancias para que los pleitos se vean con unos ministros y salas.

Por auto de la Sala Primera de 18 de Enero de 1747, todas las apelaciones competencia del Consejo que hasta entonces se remitían a la Primera de las Salas, se sustanciaron y fallaron en la Segunda.

En general, se admite la posibilidad de que la Sala Segunda conozca de todos los expedientes que le remita la Primera cuando esté ocupada en otros negocios, y a su vez, la Segunda puede remitir a la Primera asuntos en el mismo concepto, y conocen "una por la otra"

En resumen: aunque cada una de las Salas de Gobierno tenía tasadas sus competencias jurisdiccionales, se producía un trasvase de asuntos entre ambas salas, con lo que se puede entender que la competencia quedaba igualada.

2.3. SALA DE MIL Y QUINIENTAS.

Llamada de "Mil y Quinientas" por estar destinada a conocer los recursos así llamados (debido a que era la cantidad exigida como fianza para litigar, mil quinientas doblas) nació para agilizar las tenutas sobre mayorazgos y señoríos. Este tipo de pleitos fueron preferentes para tramitarlos y fallarlos.

Felipe II mandaba al Presidente del Consejo en una disposición dada en las Cortes de Madrid del año 1593,

"que tenga particular cuidado de ocupar todos los jueces que fueren necesario para la Vista y determinación de los pleitos de Mil y quinientas y que aquellos se prefieran a los demás" (1.55, T.4, L.2, Nueva Recopilación).

Volviendo a la Sala, dice **Elizondo** ⁷⁴ que fué erigida en el año 1390; en ese año, del reinado de Juan I, se celebraron Cortes en Guadalajara, se dió una regulación a la Audiencia Real.

A esta Sala iban los procesos procedentes de las Chancillerías en segunda suplicación, y los desacuerdos entre la Sala de Justicia y provincia. Coinciden **Elizondo** y **Dou y Bassols** en otorgar a esta Sala el conocimiento de las demandas de incorporación y reversión aunque su fallo se hacía reunidos todos los ministros de las Salas de Justicia (incluso en estos pleitos las sentencias antes de publicarse deben consultarse con Su Majestad). También se deciden en la Sala de Mil y Quinientas las visitas de tribunales y la residencia de Corregidores y otras justicias del reino. Y es competente para administrar los mayorazgos secuestrados durante el juicio de tenuta.

2.4. SALA DE JUSTICIA.

En la Cédula de treinta de Enero de 1608 dada por Felipe III en la que se reorganiza el Consejo de Castilla, el cap.19 dice:

"por lo tocante a Justicia, en las causas que tocan al Consejo, sin avocar las que son de otros tribunales, se repartan los once (consejeros) que estan en tres Salas; una de las cuales se ocupe continuamente de ver y despachar negocios públicos que requieran brevedad".

Las competencias que tenían los Consejeros constituidos en Sala de Justicia eran sobre asuntos tocantes a Justicia en contraposición a los de Gobierno , imprecisión algo

⁷⁴ ELIZONDO. Ob. Cit. Pág. 173

confusa que hacía difícil su delimitación.

Los autores de obras que se suponían de "práctica" forense ⁷⁵ se limitan (como en otras Salas del Consejo) a enumerar de forma yuxtapuesta los asuntos que podía conocer, y que si bien algunos no entran dentro de lo que se pudiese considerar "ámbito jurisdiccional" con carácter amplio, debe suponerse que este tipo de asuntos se despachaban en la Sala de Justicia:

- negocios de retención de breves y bulas apostólicas y lo correspondiente a aprobaciones de sínodo.

- esperas y moratorias por lo relativo a justicia, de las demandas de retención de cédulas y gracias expedidas por el consejo de la Cámara.

- negocios, visitas tocantes a las Casas de San Lázaro y San Antón.

- auxilatorias de autos y providencias, que por requisitorias se expiden de unas justicias a otras, a excepción de las que se despachen por los Juzgados de los Alcaldes de Corte, Que conocen de lo civil, y Tenientes de Corregidor de la villa de Madrid ya que estas se despachan por la sala de Provincia.

- cuestiones de competencias de jurisdicción planteadas por distintos jueces.

- apelaciones contra las sentencias dictadas por los Jueces de Comisión del consejo.

- la confirmación de ordenanzas de ciudades, villas y lugares del reino.

- pleitos de las Casas de esta Corte.

- concurre a la de Mil y Quinientas a los recursos de segunda suplicación, y pleitos de tenuta.

⁷⁵ SALAZAR, ELIZONDO, DOU Y BASSOLS

- se deciden en esta sala las discordias de la de Mil y Quinientas a provincia, y asiste a la de Mil y quinientos en todo pleito de reversión a la Corona.

Según **Elizondo**, se informó por relatores y escribanos "que antes era regular traerse a esta Sala las competencias de los jueces ordinarios de algunos partidos, que corresponden a las Chancillerías y Audiencias", en base al principio de Justicia retenida.

2.5. SALA DE PROVINCIA.

Supone un tribunal de apelación de las sentencias dictadas por los Alcaldes de Casa y Corte en asuntos civiles y decide las discordias jurisdiccionales de la Sala de Justicia, asimismo concurre con la Sala de Justicia a la de Mil y Quinientas en pleitos de incorporación a la Corona, recursos de segunda suplicación y tenutas. El que estuviese configurado como un tribunal de apelación, y sus sentencias, de vista y revista eran ejecutorias. Se podía equiparar esta sala del Consejo con una Audiencia, siendo el órgano "a quo" la Sala de Alcaldes de Casa y Corte. Su origen estaría en el principio de Justicia Retenida por el rey, y era el mantenimiento de doble orden jurisdiccional jerárquico para la Justicia de la esfera personal del Monarca⁷⁶

2.6. SALA DE ALCALDES DE CASA Y CORTE.

Según **Elizondo**⁷⁷ es uno de los tribunales más antiguos del que ya hace mención el Rey Alfonso X "llamábanse antes "Alcaldes del Rey" y desde el Siglo XVII llamada

⁷⁶ VALLEJO GARCIA- HEVIA. J.M. "La Monarquía y un ministro Campomanes" Pág.73

⁷⁷ ELIZONDO, Ob. Cit. Pág 175

también “Sala Quinta del Consejo” y espachaban en la Corte lo civil y criminal, por carecer de facultades para el conocimiento de causas de Consejo. Duró este tribunal hasta que se formaron otros en Castilla. Conocían de los crímenes de lesa majestad.

En principio la formaban seis jueces (Alcaldes) y desde 1713, estaba integrada por tres presidentes, dieciocho alcaldes, un fiscal, dos abogados reales y cuatro secretarios. La distribución del trabajo se hacía por mitades ocupándose una de los asuntos civiles y otra de los criminales, alternándose periódicamente. En 1715 se fija su composición en un gobernador, trece alcaldes, un fiscal, cuatro escribanos de cámara, dos relatores, un agente fiscal, un abogado, un procurador de pobre, porteros y alguaciles.

La jurisdicción está dividida en dos órdenes: criminal y de gobierno por un lado y pleitos civiles y ejecutivos por otro.

Esta Sala tiene la suprema jurisdicción en lo criminal sin apelación ni súplica, los Alcaldes que la integran tienen a su cargo el gobierno de toda la Corte y del Rastro de la misma en extensión de 5 leguas y de las apelaciones del Teniente Corregidor de Madrid.

En lo que se refiere al “gobierno de la Corte” tenía la Sala funciones propias de policía (toros, espectáculos, mercados, aprovisionamiento y posadas) que no tenían carácter jurisdiccional como un resto de la competencia propia de los Alcaldes de villas y ciudades que asumían funciones de policía y jurisdiccionales; dentro de este carácter de policía se podría encuadrar la obligación de acompañar al Rey y al Consejo. En cuanto al orden civil eran competentes para resolver las apelaciones contra las Sentencias del Corregidor. Dentro del ámbito criminal se produce la situación anómala por la cuál se entiende que es “fuero común”, lo que supone que los Alcaldes del Consejo pueden actuar

contra cualquier delincuente que se encuentre dentro de su fuero. De las penas que puede imponer, sólo las sentencias de muerte necesitarían aprobación del Rey. Mantuvo la Sala una confrontación con el Corregimiento de Madrid a nivel de competencia. En septiembre de 1788 el Consejo de Castilla aprueba una serie de modificaciones propuestas por Campomanes, y que recogía a su vez la proposición de reformas del Conde Aranda, con la distribución de Madrid en cuarteles y Alcaldes de Barrio, se divide la Sala de Alcaldes de Casa y Corte en dos Salas con un reparto expreso de competencias ⁷⁸

2.7. CÁMARA DE CASTILLA (también llamada CONSEJO REAL DE LA CÁMARA)

Sus orígenes están poco claros, desde luego hay que situarse desde la muerte de Fernando el Católico. Según **Elizondo**⁷⁹ fué creado por Carlos I en el año 1518. Debe su estatuto al Real Decreto de Felipe II de 1588, como un órgano dentro del consejo al que se dirigirían los negocios de calidad, integrado por un número no fijo de personas y presididos por el presidente del Consejo.

Los negocios "de calidad" que se llevarían a la Cámara serían los del Patronazgo Real de la Iglesia. Era competente para el nombramiento de altos funcionarios (miembros de Audiencias, Chancillerías y Consejos), teniendo cuidado que para las Chancillerías y Audiencias que se propongan a los naturales de cada distrito. En los cap.18-19 de la disposición mencionada se establece que se tenga cuidado al elegir a los hombres de

⁷⁸ VALLEJO GARCIA HEVIA. Ob. Cit. Págs. 80 y ss.

⁷⁹ Elizondo, Ob. Cit. Pág. 178

Colegios que no hayan pasado por otras Audiencias y oficios, prefiriéndose la práctica a la titulación universitaria, añadiendo en el capítulo siguiente:

"importa mucho que las provisiones de ellos ["los alcaldes"] se acierten; tendreis muy particular cuidado de proponerme siempre para estas plazas personas que tengan mucha experiencia en materia de gobierno y de negocios criminales"⁸⁰

En la Cámara de Castilla se resuelven otra serie de cuestiones que en su mayoría quedan fuera del ámbito jurisdiccional, (tales como bienes "propios", utilización de rentas de mayorazgos, licencia para cerrar y acotar tierras) y otros, que sin ser propiamente jurisdiccional, quedan dentro del sistema judicial, como serían el otorgar facultades a un escribano para que pueda ser Regidor, nombramientos de Alcaldes Mayores, y para que los regidores puedan elegir y ser elegidos en los oficios de alcaldes.

La Cámara de Castilla fué suprimida entre los años 1713-1715 volviendo a ser restituida con los mismos esquemas. La vuelta a la antigua planta supone un periodo de estabilidad, con pequeñas alteraciones, como la creación y posterior supresión de la Fiscalía de Cámara, pequeñas variaciones institucionales en el Real Patronato y los conflictos de competencias.⁸¹

3. FUNCIONAMIENTO.

La regulación de la composición y funcionamiento del Consejo de Castilla está

⁸⁰ NoR. I.1, T.4, L.4

⁸¹GOZALEZ FUERTES M.A. "La Cámara de Castilla(1700-1834): Evolución histórica, organigrama institucional y actividad administrativa" Memoria de Licenciatura. Departamento Historia Moderna. Facultad de Historia. U.C.M. Pág.55

repartida en distintas disposiciones que están dispersas en Recopilaciones y Ordenanzas.

Existen unas primeras Ordenanzas del año 1459; en 1480, en las Cortes de Toledo, las más importantes celebradas durante el reinado de los Reyes Católicos, se legisló sobre aspectos muy variados de la organización judicial y su funcionamiento, entre ellos el Consejo. Felipe II en 1586 promulga una serie de disposiciones, con carácter muy minucioso, dirigidas a reglamentar aspectos concretos de la organización y funcionamiento del Consejo de Castilla. Felipe III, en el año 1608 promulga la ya comentada Cédula por la que se organiza y distribuye el Consejo en Salas, hasta que con la llegada de los Borbones se producen las dos alteraciones consecutivas: nueva planta del Consejo en 1713 y su derogación y vuelta a la situación anterior en 1715.

Ahora bien, estas disposiciones, que se encuentran dispersas y fragmentadas en las Recopilaciones regulan aspectos muy variados de la composición y funcionamiento del Consejo de Castilla ⁸² ateniéndose a aspectos de organización, régimen interno y procedimentales, aunque "se podría" hablar de una característica común: se refieren a la actividad del Consejo, como entidad orgánica y de los miembros que le integran.

Pero existe otra vertiente: que curso seguían los expedientes y negocios dentro del Consejo, que personas intervenían en esa actividad, y como funcionaba el engranaje burocrático y de trámite. Poder hacer un esquema general de esta situación parece casi imposible, fundamentalmente por la falta de rigidez comptencial y por la superposición orgánica.

Se va a intentar extraer de la regulación legal aspectos concretos de la forma que

⁸² Ocurre lo mismo con Chancillerías, Audiencias y Corregimientos.

en el Consejo de castilla se trataban los asuntos, teniendo en cuenta no sólo las decisiones, sino también como se actuaba hasta la toma de esas decisiones en manos de los Consejeros. Pero como el número de Consejeros era muy inferior al número de personas que desarrollaban sus oficios en el Consejo de Castilla, a este grupo van dirigidas las "ordenanzas del Consejo Real" de su Majestad, y los aranceles que han de guardar los Relatores, escribanos de Cámara, escribanos del Crimen, escribanos de provincia, alguaciles, porteros, emplazadores, verdugos y pregoneros que residen en la Corte [...]. Valladolid 1556.⁸³

Como un síntoma que confirma la situación de caos reglamentario, sería una orden de Carlos IV de 1790, basada en el conocimiento que el primer día del año, en el Supremo Consejo de Indias se da lectura a las ordenanzas del Tribunal,

"y se ha persuadido de que [...] en el de Castilla no se ejecutará así, por no tener una colección formal de "sus Ordenanzas, ni estar coordinadas, sino esparcidas en el cuerpo de legislación; y por las muchas alteraciones antiguas y modernas que han sufrido; he resuelto, conformándome con el dictamen de la Suprema Junta de Estado, que se establezca en el referido Consejo de Castilla lo mismo que en el de Indias, leyéndose sus Ordenanzas, en la forma que por ahora sea posible, el día primero de Consejo de cada año. [...] y que se vean y reconozcan las expresadas ordenanzas y acomoden a los tiempos presentes"⁸⁴

En las reuniones del Consejo no podían estar presentes, ni para oír ni despachar los

⁸³ PEREZ MARTIN, y otro " Legislación y Jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen" Pág 72

⁸⁴ O. de 19- Nov-1790; NoR. 1.5, T.3, L4

negocios aquellos que no fuesen Consejeros. Exceptuando a las personas (Arzobispos, Duques, Condes, Maestros) que por razón de su título tienen derecho a asistir para tramitar los negocios que le son propios, que solo pueden estar presentes mientras se trata de su asunto, y después deberían abandonar la Sala (1.4, T.2, L.4, Nueva Recopilación); dada esta ley en las Cortes de Toledo de 1480, se encuadra dentro de las intenciones de los Reyes Católicos de desplazar a la nobleza tradicional de las tareas de gobierno.

Los Consejeros, una vez designados han de jurar ⁸⁵; el juramento contiene la obligación de aconsejar "justa y verdaderamente", y el deber de secreto de las deliberaciones y votos del consejo, suponiendo la vulneración de dicho secreto el verse privado del Consejo (1.6). En cuanto a las votaciones, que eran secretas, no podía estar presente ninguna persona que no fuese consejero y empiezan a votar los más modernos (1.7) y sino hay acuerdo en las votaciones, prevalecerá el voto de la mayoría, siendo firmado por todos, incluso por los que su voto fuese en discordia (1.8). En la 1.33 se insiste en que los pleitos que no necesitan información, se voten después de vistos "resolutamente", sin reiterar razones ni entrar en discusión. Y en las leyes 6 y 7 del T.8, L.4, Novísima Recopilación se vuelve a insistir (1677 y 1747) en la obligación de cumplir el deber de secreto, lo que indica que se estaba vulnerando.

El Consejo debe estar reunido para que ante todos los miembros se de lectura a las "Cartas" y proveidos que se hubiesen acordado, una vez hechos, "y ordenadas en limpio", presentes los Escribanos de Cámara; y una vez leídos y conformes, serán refrendadas y firmadas (la firma se ponía "en las espaldas" en las cartas que tuviese que

⁸⁵ No está expresamente recogido, pero el juramento deberían hacerlo ante el Presidente

firmar el rey, y las demás dentro). El refrendar y firmar suponía la responsabilidad de los consejeros. Una vez firmado el documento, el registrador y el Canciller, los pasaba libremente por el sello. (1.13)

A las reuniones del Consejo, fijadas los días y horas, deben asistir los escribanos de Cámara y Relatores que les corresponda para adjudicarles las peticiones y los derechos (1.14). Para mejor funcionamiento e información de los interesados, los días en que se despachan asuntos, se debe expresar por una cédula, expuesta a la puerta del consejo los negocios que en ese día se van a tratar, (1.15) "y reunido el Consejo para tratar negocios, no puede entrar ninguna persona sino está autorizada (1.16), y en cuanto a la forma de deliberar, se seguirán las prescripciones siguientes:

- mientras el **Relator** hace relación del asunto a tratar los del consejo deben evitar intervenir.

- una vez hecha la relación y cuando se proceda al voto, sin volver a resumir las razones de la relación no repetir lo ya dicho por otros miembros; si están de acuerdo se manifiesten conformes, y si quieren alegar alguna razón nueva, pueden hacerlo antes de votar.

- Si el asunto es sencillo, el primero que presente su conclusión, pregunte si están todos de acuerdo, y si es así se despacha (1.18).

De las peticiones que se formulen al Consejo, los Relatores han de sacar relación día a día; haciendo constar los que son de gran piedad porque deben ser vistos con preferencia.

En la relación se hará constar las causas y motivos de la petición, que debe estar

dispuesta para ser examinada en caso de duda (1.19); se hace especial mención a que la relación la debe hacer el relator sin encomendársela a nadie.

Los **letrados y procuradores de pobres**, como institución de consejo, no pueden ausentarse sin licencia; si lo hicieren, con licencia, el Consejo mandará que otras personas sirvan el oficio (1.26).

El control de los negocios dentro del Consejo se realizaba mediante libros en los que se asentaban los asuntos que entraban así como el reparto de los mismos ; era labor propia de los Escribanos de Cámara, que tenían que llevar un libro en el que se asentasen los negocios que llevasen los fiscales; en ese mismo libro se anotaba "cualquier otra cosa que se mandase a los jueces inferiores"(1.31). Además, para mayor control de los pleitos estos se debían colocar en "Tabla" para que sean despachados según el orden de la misma y la antigüedad, que se computará según su presentación. Se exceptúan los de "Mil y Quinientas" que puedan ser despachados con brevedad en una o dos reuniones, para lo que se alterará el orden de la Tabla. La Tabla también cumple la función de servir para conocer que día van a ser examinados los pleitos, cuidado que corresponde expresamente al Presidente (1.35). Esta ley, de las Ordenanzas de la Coruña de 1554, se confirma en una ley dada en las Cortes de Madrid de 1593, que insiste en la necesidad de que se hagan tablas de los pleitos y que se vean por su antigüedad (1.56); reiterada también por una disposición de las Ordenanzas de Segovia de 1406 en la que se ordenaba ver las causas por su antigüedad (1.17). Esta disposición de Felipe II insistiendo que se cumplan otras leyes, indica que no se estaba haciendo la "tabla", o que si se hacía, no se respetaba el orden de antigüedad en el conocimiento de los negocios

En cuanto a la forma de presentarse los asuntos, llama la atención que el ventiocho de junio de 1619, Felipe III promulgase una pragmática, en la que con un tono ciertamente imperativo, "prohibimos, defendemos y mandamos", y con aplicación a todos los Consejos Chancillerías y Audiencias, disponía que no fuesen admitidos los memoriales no firmados por persona cierta; realmente, por el tono en que está redactado podía deducirse que derivaba de una situación en la que se estaba presentando memoriales sin firma.⁸⁶

4. RÉGIMEN INTERNO DEL CONSEJO DE CASTILLA.

En la reglamentación del Consejo de Castilla existe un tipo de normas que van dirigidas a la conducta en general de las personas que asisten y sirven al Consejo, y son de carácter muy variado.

Se prohíbe a los del Consejo, (y en general a todas las Justicias) que no se dirijan a los jueces que dependan de ella jerárquicamente, sobre pleitos en los que estén conociendo, y que no casen a sus hijos e hijas con personas que tengan pleitos pendientes en los tribunales donde residan (1.5), sin que puedan abogar por personas en causas pendientes (1.27).

Las incompatibilidades en general de los oficios estaban expresamente regulados,⁸⁷ para los miembros del Consejo, y demás oficios, está recordada la necesidad de que sólo tengan un oficio y un salario (1.28), como tampoco pueden ser solicitadores ni aceptar ni

⁸⁶ N.R. 1.64, T.4, L.2

⁸⁷ Ya se han visto con anterioridad en el cap. 3 las que afectaban a alcaldes y corregidores

recibir dádivas y promesas (1.30)

Como cuestión de régimen interno de una institución se pueden entender las actuaciones y mecanismos para controlar la actividad de sus miembros. Este control de los oficiales reales (que como ya se ha dicho puede revestir la forma de "visita", "residencia" o "pesquisa") tiene su regulación nuevamente dispersa en normas que regulan el Consejo, las Chancillerías y Audiencias y los Corregimientos, por lo que sería objeto de un distinto trabajo estudiar estos sistemas mediante los cuales la monarquía fiscalizaba la actividad de sus jueces.

En lo que se refiere al Consejo de Castilla, la visita está establecida por años, efectuándola la persona que nombre el presidente "porque mejor se pueda entender como van sus oficios" y afectaría, desde Relatores y Escribanos hasta porteros a todos los oficiales del Consejo. (1.137)

En cuanto a la Residencia, se comienza por exigir la necesidad de tabla en la que se controlen por su antigüedad las residencias que se tomasen a jueces y oficiales de Justicia (1.38). Para que una residencia pueda ser vista en el Consejo tiene que constar mediante testimonio bastante que lo resuelto para la residencia anterior ya se ha ejecutado lo acordado; y una vez que un miembro del Consejo ha comenzado a ver una residencia, debe verla hasta el final, e imponer el castigo por las culpas, si es que se encuentra en (1.39); las averiguaciones y resultados de las residencias, se deben anotar en un libro que se guardará en un arca del Consejo, además, los consejeros y el presidente anotarán en su cuaderno aparte lo que crean conveniente, que también se guardarán en el arca, lo resultante de cada residencia no puede ser consultado por nadie mientras no adquiera

fuerza de cosa juzgada, es decir, mientras esté pendiente de resolverse una suplicación (1.40). En casos especiales, el Presidente puede acordar que al Juez de Residencia le sea asignado un Escribano, que el mismo Consejo nombrará y fijará su salario (1.43). En todo caso, los jueces de Residencia, una vez designados, y antes de que cumplan con su función, deben jurar en el Consejo sus oficios. (1.44) ⁸⁸ Las Residencias han de ser vistas y repartidas entre los Fiscales del Consejo que llevan un libro (1.49). Cuando el Consejo resuelve en segunda instancia, las sentencias de Residencias, contra ellas no cabe nueva suplicación ante el mismo Consejo (1.52).

Los Jueces en Comisión, nombrados por el Consejo para castigar un delito, resuelven en un determinado proceso sobre los hechos que investigan, y el recurso de apelación que se presente contra esa resolución, antes de ser remitidos a los Alcaldes de Corte, debe ser examinado por los miembros del Consejo, para comprobar la calidad del delito y el castigo que ha recaído (1.45). Una vez que finaliza la comisión para la que un juez ha sido nombrado, dentro de los veinte días siguientes a la finalización de la Comisión deben dar cuenta de las sentencias dadas y ejecutadas y las condenaciones hechas (1.48). Además, no pueden los jueces en Comisión extralimitarse del contenido del mandato (1.60).

Finalmente, se regulan los días y horas de asistencia al Consejo de sus miembros y en el lugar donde deben residir. La 1.3, T.4, L.2, de la N. Recopilación ordena que vayan cada mañana, desde principios de Octubre hasta finales de Marzo comiencen a oír desde las 8 de la mañana hasta 11; y desde principios de Abril hasta finales de Septiembre desde

⁸⁸ Lo que es en sí la instrucción de la Residencia, está regulada en los títulos que tratan de los Corregidores

las 7 hasta las 10; aunque deben estar más tiempo si ven que para los negocios es conveniente. Aunque en previsión de que no asistan puntualmente todos los miembros, se permite a los que estén que empiecen a despachar sin esperar a los restantes, siempre que haya cuatro firmas para despachar las provisiones. En 1715, Felipe V, dentro de su deseo de que se administre justicia con más eficacia, recuerda a los ministros del Consejo la obligación de asistir los días y horas señaladas, salvo enfermedad o expresa orden del Rey (1.8, T.3, L.4, Novísima Recopilación) .

5. PROCEDIMENTALIDAD DE LAS RESOLUCIONES DEL CONSEJO DE CASTILLA.

Las Cartas que emanaban del Consejo debían ser obedecidas y cumplidas por nobles, oficiales reales y demás personas singulares, y en caso de no cumplirlas se atenderán a la pena que la Carta contenga (1.29 T.4, L.2, Nueva Recopilación). Cuando se está hablando de Cartas, se refiere a las decisiones que toma el Consejo con proyección al exterior, es decir, que no se limita a resolver una cuestión interior o un conflicto privado, parece más bien una decisión de carácter general a la que le da fuerza obligatoria. Son las llamadas Reales Provisiones, que estaban dirigidas a otras “justicias” para que cumpliesen sus instrucciones.

Las decisiones que eran tomadas por el Consejo como órgano de justicia se

elaboraban en orden a su competencia. En principio, esta competencia de carácter tan amplio que tenía el Consejo de Castilla, determinaría que el procedimiento a seguir en los pleitos serían todos los regulados por la ley. En la práctica, la gravedad de los casos criminales, la cuantía en los civiles y las apelaciones, suplicaciones como máxima instancia del reino, serían los vehículos para conocer los asuntos que se resolvían en el Consejo.

Por otra parte, los pleitos estaban sujetos a unas reglas procesales (más definidas en el orden civil que en el orden penal) que ya nos remitirían de pleno en el estudio de los procesos. A ello habría que añadir, que en los tribunales las normas de procedimiento no eran sólo las contenidas en las leyes, sino que la práctica forense y el hacer diario establecía pautas en la tramitación que quedaban fuera de la misma ley.

Comenzando por la propia competencia, que se intenta fijar en los recursos y asuntos muy concretos, remitiendo a Chancillerías y Audiencias todos los asuntos para los que fuesen competentes absteniéndose de avocar y retener pleitos ordinarios haciéndolo sólo cuando sea conveniente al Servicio Real y al bien de las partes.⁸⁹ Tampoco puede admitir el Consejo los recursos que se remitan sobre ejecución de provisiones cédulas y autos acordados, siendo competentes para conocer las Chancillerías y Audiencias.⁹⁰ En lo que se refiere a la cuantía, para determinar los pleitos civiles en vista, revista o suplicación, hasta doscientos mil maravedíes, son suficientes dos miembros del Consejo.

⁸⁹ NoR. 1.4.T.6, L.4

⁹⁰ NoR. 1.5.T.6, L.4

⁹¹.Esta suma fué elevada posteriormente (1617) hasta mil ducados que equivalen a 375.000 maravedíes. ⁹²En los pleitos de grado de suplicación, y en los que sean de cierta importancia, una vez que el pleito sea visto en el Consejo, las partes disponen de dos meses para representar las informaciones que deseen, y una vez vencido el término no les serán recibidas. Una vez transcurrido este plazo, los jueces disponen de otros dos meses para votar y dictar sentencia, con lo que el pleito quedaría terminado en cuatro meses; con esta fijación de términos se intenta no dilatar los asuntos y abreviar la administración de justicia (1.34) la misma intención motiva el que no espere a tercera rebeldía para concluir los pleitos, bastando con la primera (1.51), y que los pleitos de Mil y Quinientas se vean con carácter preferente (1.55).

El que intervengan dos miembros del Consejo en lugar de los tres en principio exigidos para determinadas causas, también se admite para las visitas y residencias de Escribanos "por los muchos Escribanos del Reino visitados y residenciados que hay que despachar, ver y determinar" ⁹³ así como la vista y determinación de pleitos de cuentas que se verán por dos ministros (1.16) y las remisiones en discordia de los de menor cuantía que se verán sólo por un ministro (1.15).

Por el contrario, la vista de los pleitos de tenuta y Mil y Quinientas, residencias y remisiones "por ser pocos, breves y de importancia", se verán por once ministros de las Tres Salas, asistiendo el presidente siempre que sea posible (Además estos pleitos están

⁹¹ NoR. 1.50, T.4, L.2

⁹² NoR. 1.63, T.4, L.2

⁹³ NoR. 1.13, T.7, L.4

expresamente mandados que han de ponerse en tabla y despacharse por antigüedad) (1.17). Por este mismo número de ministros han de verse segundas suplicaciones "por ser recurso a mi Real persona, por su gravedad, mayor consuelo de las partes, y ser tan pocos que no pueden embarazar el despacho regular de los otros negocios" (1.19).

Pleitos de importancia que debían ser decididos entre las dos Salas de Gobierno y la de Mil y Quinientas conjuntamente, con el tiempo se redujo para su conocimiento a las dos Salas de Gobierno (1.22).

En 1680, a raíz de un enfrentamiento entre los Escribanos de Cámara y los Escribanos de Provincia sobre ante quien debían ir las apelaciones contra las sentencias dictadas por los Alcaldes de Corte y Jueces de Comisión, el Consejo por auto acordó que de los pleitos hasta mil ducados fallados por los Alcaldes de Corte, harán relación los Escribanos de Provincia y los que excedan de dicha cantidad se entregarán a los Escribanos de Cámara (1.24).

Dentro del funcionamiento de las Salas, las discordias surgidas en la Sala Primera de Gobierno, se resolverán en la Segunda, y las de la Segunda en la Primera; las surgidas entre estas dos Salas irán a la de Mil y Quinientas. Las de Provincia a la de Justicia, las de Justicia a la de Provincia, y las surgidas entre las dos Salas a la de Mil y Quinientas. La de Mil y Quinientas a la de Justicia y las de las dos a la de Provincia (1.21).

Una vez visto un pleito por todos los ministros que deban conocer de él, si alguno muriese sin votar o se ausentase, se votará el pleito por los ministros restantes sin que haya de dar traslado a las partes (1.8, T.8, L.4, Novísima Recopilación).

En cuanto a los Casos de Corte como competencia específica reservada a la esfera

del rey, **Elizondo** entiende que son "aquellos cuya decisión corresponde a los tribunales residentes en ella, no siendo juez competente alguno de los demás del Reino".⁹⁴

Estos hechos suponen, o bien una cierta gravedad: muerte segura, mujer forzada, tregua quebrantada, casa quemada, camino alterado, traición, alevosía, desafío; o bien una situación especial en las personas: pleitos de viudas, huérfanos y personas miserables, o contra Corregidor, Alcalde o vecino del lugar. Fuera de estos supuestos serían competentes las justicias ordinarias.

6. PERSONAL COLABORADOR Y SUBALTERNO DEL CONSEJO DE CASTILLA.

La labor de los miembros del Consejo ("ministros") en el ámbito jurisdiccional implicaba una función de decisión y resolución de los asuntos que llegaban al Tribunal. Pero en la elaboración de los expedientes intervenían una serie de personas, que desarrollaban sus oficios dentro de un intrincado sistema funcional, no exento de rigor y solemnidades, y muchas veces vulnerado y alterado por la práctica forense.

Para un mejor análisis del contenido de estos oficios colaboradores y subalternos, se pueden establecer tres grupos

1 - Personal "Técnico" integrado en el Tribunal:

- Fiscales.
- Escribanos.
- Relatores.

⁹⁴ ELIZONDO. Ob. Cit. T2, Par. I Pág 1

2 - Personal "no Técnico" integrado en el Tribunal:

- Receptores.
- Tasadores.
- Porteros.

3 - Personal "Técnico" que no forma parte del Tribunal:

- Abogados
- Procuradores.

El criterio para clasificarlos, como "Técnico" o "no Técnico" se ha hecho en base a

- Los conocimientos jurídicos y de práctica forense que se les exigían para poder ejercer sus oficios correctamente

- El mismo desarrollo de esos oficios que implicaba una labor de mayor o menor contenido.

La integración o no en el Tribunal viene determinada por el nombramiento que se hace a una persona para que ejerza su cargo; mientras que también existe la posibilidad de que se actúe en el tribunal en el ejercicio de una profesión, que aunque precise que las personas reúnan ciertos requisitos (conocimientos, juramentos, fianzas, adscripción a colegios profesionales) no son de nombramiento real.

6.1. PERSONAL TÉCNICO INTEGRADO EN EL TRIBUNAL.

6.1.1. FISCALES.⁹⁵

Desde el reinado de los Reyes Católicos existieron en el Consejo de Castilla dos plazas de Fiscales, solo alterado este régimen por la **reforma de Macanaz** (1713-1715), que los sustituyó por el Fiscal General, hasta que en 1769 Carlos III creó la tercera plaza de Fiscal.⁹⁶

También llamados "acusadores públicos" y "abogados del Rey", su oficio consiste en "defender, y promover las causas y pleitos, en que tengan interés la Cámara, el Fisco, y la vindicta pública".⁹⁷ Su actividad estaría centrada en la demanda y defensa de cuanto cumplieran al real servicio, guarda del Patrimonio Regio y ejecución de la Justicia⁹⁸

Los Fiscales son miembros "togados del tribunal y concurren con el Presidente en sus funciones, cuidando que se recauden y pidan las penas pertenecientes al Rey y a la Cámara. Tenían los Fiscales asiento en el Consejo, y asistían a ceremonias como la consulta real de los viernes, las visitas a las cárceles y demás actos y fiestas públicas."⁹⁹ El Fiscal no está facultado para interponer demanda civil en nombre del Rey, o persona particular sin que exista denuncia y el denunciante preste fianza, excepcionalmente, pueden actuar de oficio en los hechos notorios o en los asuntos en que se mandase hacer

⁹⁵ Sobre el cargo de Fiscal en el Consejo de Castilla, es fundamental la obra de C. Gonzalez : "Ilustración y Derecho: Los fiscales del Consejo de Castilla en el S.XVIII

⁹⁶ LOPEZ GOMEZ, "Los Fiscales del Consejo Real". Revista Hidalguia, nº 219 marzo-abril 1990, pag. 194.

⁹⁷ ELIZONDO. Ob. Cit. Pág 296

⁹⁸ CORONAS GONZALEZ, "ILUSTRACIÓN Y DERECHO : Los fiscales del Consejo de Castilla en el S.XVIII Pág 44

⁹⁹ LOPEZ GOMEZ, Ob. Cit. Pag. 195

pesquisa; además el Fiscal es parte en las apelaciones contra Corregidores por pecados públicos y mancebía ¹⁰⁰

Los Fiscales son nombrados por el Rey y tienen que permanecer en su cargo sin poner sustitutos y por supuesto han de prestar juramento. Como competencias y obligaciones del cargo, los Fiscales asistían a la Sala Primera de Gobierno diariamente, entendiendo de los asuntos relativos a la Monarquía. En las causas criminales procedían de oficio y seguían el pleito hasta que la sentencia era definitiva y firme. Asistían también a la vista de los pleitos en los que se defendía la jurisdicción, el patrimonio o las rentas reales. Veían también las concesiones de prórrogas de los jueces de comisión y ejecutores. ¹⁰¹

Es función específica del Fiscal el seguir las causas y pleitos en que haya "condenaciones" para la Cámara, hasta que se produzca sentencia, mandamiento o carta ejecutoria (1.2), insistiéndose en la ley.7 del mismo título (cronológicamente posterior) en la necesidad de que los Fiscales actúen "con diligencia" en aquellos procesos en que haya "condenaciones" para la Cámara y el Fisco y que no se puedan ejecutar porque el Fiscal no haya hecho las diligencias necesarias.

Se insiste expresamente en que no cobren derechos a las partes, ateniéndose a sus salarios, ni que aboguen a favor de un tercero ¹⁰²

Al ser el Fiscal un oficial real nombrado para el Consejo y que debe actuar

¹⁰⁰ N.R. 1.6, T.13, L.2

¹⁰¹ LOPEZ GOMEZ, Ob. Cit. Pág. 215.

¹⁰² N.R. 11.11 y 2, T.13, L.2

defendiendo los intereses reales, parece más lógico que rindiere cuentas de su actividad ante el rey que lo nombró, pero es ante el mismo Consejo que semanalmente rendirá cuenta por escrito de los pleitos pendientes, así como de su estado. La situación de los fiscales en el S.XVIII no sufrió variaciones o cambios sustanciales respecto de los siglos anteriores, y pese a los intentos reformistas de los primeros años, se enfrentaron al siglo de las reformas con las viejas estructuras heredadas de los Austrias¹⁰³

El número de Fiscales fue de uno hasta que en 1715, Felipe V, después de derogar el decreto de 1713 y volver a la situación anterior, considerando que un Fiscal era insuficiente para atender a todos los negocios del Consejo, fijó en dos el número de fiscales, uno para atender a los negocios civiles y otro para atender a los negocios criminales¹⁰⁴

Por un decreto de 1769 se creó una tercera plaza de Fiscal en el Consejo, distribuyéndose por territorios los negocios entre los tres Fiscales, con lo que la Fiscalía ya no era única, sino que se dividía en tres fiscalías independientes, sirviendo cada fiscal aquella para la que había sido nombrado.

En este mismo decreto a cada Fiscal se les asignan dos agentes fiscales para colaborar en el despacho de los asuntos. En resumen, el oficio de Fiscal del Consejo de Castilla en el S.XVIII, se puede decir que, era una actividad Administrativa, mixta entre poder y técnica, heredada de periodos anteriores y dirigida a proteger la justicia y al mismo

¹⁰³ CORONAS GONZALEZ, Ob. Cit. Pág.31

¹⁰⁴ NoR. I.2, T.15, L.4

poder Real¹⁰⁵

6.1.2. ESCRIBANOS DE CÁMARA.

El oficio de Escribano, uno de los más antiguos dentro de la administración, tenía un contenido muy amplio. En el Consejo de Castilla existieron, desde el reinado de los Reyes Católicos, ocho Escribanos de Cámara; reducidos a seis por Real Cédula de 15 de noviembre de 1565, hasta que se suprime el Consejo de Aragón, a principios del siglo XVIII y se traspasaron sus negocios al Consejo de Castilla, y se creó otra escribanía.¹⁰⁶

En principio su principal cometido fué el documentar el proceso. Los pleitos necesitaban unos cauces procesales, y esos cauces, a partir de la influencia del Derecho Común, fueron predominantemente escritos, superponiéndose el principio de escritura al de oralidad. De esta función documentadora derivó la custodia de los procesos y el control de los registros. Los escribanos no sólo controlaban la autenticidad de los documentos, sino que autenticaban las actuaciones procesales mediante la dación de fe.

Además se les encomendaba la realización, de actos de carácter procesal como era el dar emplazamientos, y auxiliar a los jueces en la práctica de pruebas, sobre todo en los que se realizaban por testigos, (que dada la escasez instrumental del Antiguo Régimen abarcaba una parte muy amplia de los medios empleados como prueba). Entre sus

¹⁰⁵ CORONAS GONZALEZ, Ob. Cit. Pág 17

¹⁰⁶ LOPEZ GOMEZ, "Los Escribanos de Cámara (Justicia y Gobierno) del Consejo de Castilla" Revista Hidalguía nº 212, Enero-Febrero 1989, pág. 119.

competencias estaba el nombrar a los tres oficiales, que les auxiliaban en la escribanía.¹⁰⁷

El oficio tenía dos factores que colaboraron a desprestigiarle pese al importante contenido de su función:

- percibían sus salarios por medio de aranceles, dando lugar a abusos que repercutían en las partes.

- eran oficios venales, que se podían transmitir por venta u otras transacciones

El cargo de Escribano era de designación real, y el mismo Consejo, (reunidos tres de sus miembros), se entiende que por delegación, examinaba a los aspirantes, que fuesen hábiles y suficientes. Una vez examinado, se le dará el título de Escribano¹⁰⁸

Esta ley recoge un capítulo de las Ordenanzas de la Corona de 1554; en cambio, en otro título de la Nueva Recopilación (el diecinueve) aparece refundidas en el número 1, dos disposiciones, una de 1409 y otra de 1476 que establece que los ocho Escribanos de Cámara "nos quisiéramos y nombraremos para ello" nombrándose a personas idóneas para dichos oficios.

Al mantener la Recopilación estas dos leyes, parecen contradecirse con las Ordenanzas de la Corona por lo que al ser estas posteriores derogarían la ley 1.1 del T.19 por el principio general de "lex posterior derogat anterior". Se puede hacer una interpretación amplia y entender que se nombraría a personas hábiles una vez examinadas en el Consejo¹⁰⁹

¹⁰⁷ Ibidem, pág. 125.

¹⁰⁸ N.R. 1.27, T.4, L.2

¹⁰⁹ VER INFRA 2.5.1.3

La función documentadora de los Escribanos, así como la de custodios de los procesos, se traduce en normas concretas de comportamiento; no pueden entregar los procesos a las partes ni a sus solicitadores; a los letrados y procuradores se los entregarán, sólo después de haber "tomado conocimiento" de las escrituras que les entregan. Tampoco pueden librar Cartas que no estén debidamente tasadas y selladas. (1.6) Deben incorporar a los procesos las peticiones y escrituras que presenten las partes, y llevar traslado de los originales de sentencias y poderes (1.10); cuando existan en los autos notificaciones han de hacerlo de forma original, no a través de relación de los Procuradores. (1. 10) Para que un Escribano decrete una petición ha de ser leída y proveída en el Consejo (1.11).

Una función procesal del Escribano sería la de pasar al Relator las peticiones y los procesos, como paso previo al curso normal y la de publicar "las probanzas" antes de ser vistas. No tomaban decisiones procesales, salvo en cuestiones que no afectaban al fondo del asunto, y que se traducían en los llamados *decretos de caxon*.

Como deberes inherentes al oficio deben considerarse la obligación de guardar secreto de todo lo actuado ante ellos, y el juramento anual de cumplir las Ordenanzas del Consejo. Los derechos que percibían los Escribanos debían ser tasados conforme al arancel: para poder requerir de pago a las personas obligadas a abonar los aranceles, estos debían estar previamente tasados y la tasación constar en las actuaciones. Además debían paginar los expedientes, así como controlar la autenticidad y veracidad de todos los documentos, y en las certificaciones y despachos ponían los derechos que se devengaban con arreglo al arancel.¹¹⁰ Los aranceles de los Escribanos de Cámara están regulados por

¹¹⁰ LOPEZ GOMEZ, Ob. Cit. Pág. 126.

una cédula de Felipe II de 1556, y de forma minuciosa se establecen los derechos a percibir por cada actuación procesal¹¹¹

Cuando en 1715 Felipe V revocó la Nueva Planta del Consejo restituyéndole a su estado anterior, se previno que se despachasen por el Secretario de Cámara de Justicia, todos los negocios que precisasen consulta o que deviese firmar el rey; ese mismo año, en Diciembre, por una Real Cédula, fijó los negocios competencia de la Secretaría del Consejo, con independencia de los Escribanos de Cámara

En 1717, Felipe V mandó nombrar a uno de los seis escribanos de Cámara para despachar los negocios gubernativos del Consejo, recibiendo el nombre de Escribanos de Gobierno. Elegidos por el Consejo Pleno, el nombramiento recaía normalmente en el escribano más antiguo. Su función era llevar dos escribanías: la de Cámara para los asuntos de jurisdicción graciosa, y la de gobierno para los asuntos políticos.¹¹²

6.1.3. LOS RELATORES.

Al igual que el de Escribano, el oficio Relator procede directamente de la influencia del Derecho Común y del predominio del principio de escritura sobre el de oralidad. El término "Relator" quiere decir "el que hace relación de un proceso", y el Consejo contó ininterrumpidamente, desde los Reyes Católicos, con una plantilla de siete relatores.¹¹³

¹¹¹ NoR. I.13, T.2, L.4

¹¹² LOPEZ GOMEZ, Ob. Cit. Pág. 133.

¹¹³ LOPEZ GOMEZ, "Los Relatores del Consejo de Castilla y la Sala de Alcaldes de Casa y Corte". Revista Hidalguía, nº 218, Enero-Febrero 1990, pág. 43

Para obtener el oficio se precisa de un examen, para determinar la capacitación profesional, previa la presentación de sus títulos ante la Escribanía de Gobierno, a cada aspirante se le entregaba un informe de un pleito para que hiciese una *relación*, que debía ser leída ante el tribunal; una vez finalizada la lectura de todos los candidatos, el Consejo votaba al candidato elegido.¹¹⁴ Cuando se les encuentra hábiles, se les da facultades ante Escribano para ejercer el oficio después de haber hecho juramento. Si después de examinados, y en el ejercicio de su cargo, se les considera inhábiles, pueden ser separados del mismo y sustituidos por otro¹¹⁵. El oficio de Relator era exclusivo de los tribunales colegiados, no admitiéndose que los jueces inferiores y ordinarios tuviesen Relatores, debiendo ver por sí mismos los procesos¹¹⁶

Debido a que no se cumplía la obligación de examen a los Relatores en el Consejo (y en las Chancillerías y Audiencias) "de lo que resulta haber en los tribunales Relatores menos suficientes de lo que eran necesario", en 1630 se fija por FelipeIV la obligación y los requisitos para los exámenes, entre graduados en Derecho cuyos candidatos era tres para cada Sala de Gobierno y dos para los restantes.¹¹⁷ Estos exámenes eran también obligatorios para ser admitido como sustituto de relator¹¹⁸

El oficio de Relator aunque integrado en el tribunal, tenía una cierta independencia,

¹¹⁴ Ibidem, pág. 45.

¹¹⁵ N.R. 1.15, T.17, L.2

¹¹⁶ N.R. 1.17, T.17, L.2

¹¹⁷ N.R. 1.25, T.17, L.2

¹¹⁸ NoR. 1.3, T.20, L.4

limitándose a emitir informes sobre los asuntos que recibían de los Escribanos y sin tener contacto con las partes, y al no ser venales, percibían una renta anual por su oficio, por lo que estaban más prestigiados que los escribanos y receptores. Cuando un relator moría o renunciaba a su oficio, se elaboraba un inventario de sus papeles.¹¹⁹

Los Relatores además de sus resúmenes e informes, debían informar al Presidente de los pleitos que tuviesen hecha relación y de los que estuviesen fuera de tabla para controlar mejor los asuntos.¹²⁰ Una vez que el Escribano le entrega el proceso al Relator para que haga una relación, éste a quien corresponda no puede pasarlo a otro Relator (1.11).

Por supuesto que los Relatores estaban sujetos a las prohibiciones e incompatibilidades generales, como la de abogar o recibir dádivas (1.14). El oficio de relator del Consejo de Castilla podía ser un trampolín para ascender hacia otros puestos de la Administración de Justicia, tales como oidor o alcalde en alguna Chancillería o Audiencia, para de ahí volver al Consejo como Alcalde de Casa y Corte.¹²¹

El momento del trámite en el que intervenía el Relator, una vez que el proceso estaba concluso por el Escribano, es decir una vez finalizada la fase de alegaciones y la fase probatoria. Foliado el pleito lo lleva a la Sala para que se haga entrega al Relator que le corresponde mediante, auto de encomienda. una vez hecha la relación las partes tienen término para verla y firmarla (1.3). En el momento de encomendar al relator no cabe

¹¹⁹ LOPEZ GOMEZ, Ob. Cit. Pág. 47.

¹²⁰ N.R. 1.2, T.17, L.4

¹²¹ LOPEZ GOMEZ, Ob. Cit. Pág. 50.

negociación , sino que se atenderán a las normas para repartir los negocios ¹²²

En cuanto a la forma de confeccionar las relaciones está expresamente ordenado que deben ser hechas "por los mismos relatores y en sus casas" (1.6). Si la función fundamental es la de hacer la relación o resumen del pleito, también puede el Relator indicar si existe error en los poderes, o en las pruebas, o en aspectos procesales formales. Esta posibilidad de examen y valoración confiere a la función del Relator un matiz de análisis procesal.

7.1. PERSONAL NO TECNICO INTEGRADO EN EL TRIBUNAL.

7.1.1. RECEPTORES.

El receptor era un escribano comisionado para recaudar penas y condenaciones, hacer pruebas y otras actuaciones, como averiguaciones complementarias a los informes de los relatores. Su labor era poco eficaz y resultaban muy costosos para las partes. Felipe III creó hasta 100 plazas de receptor en el Consejo y Carlos III redujo su número. Lo mismo que los relatores, debían ser elegidos y examinados.

La función de un receptor tenía mucho de un negocio en comisión: se les encomienda "un negocio", y antes de darles uno nuevo tienen que justificar el anterior. No pueden recibir pago en especies ni poner sustitutos. Cuando realizan alguna diligencia, no pueden recibir escritos ni mandamientos de las partes, ya que su función se limitaría al contenido de la Comisión, como si de un mandato se tratase.

Al practicar las pruebas, tiene que atenerse al interrogatorio firmado por el abogado

¹²² NoR. 11.4 y 5, T.20, L.4

y sellado por el escribano ¹²³ con resultado de nulidad en caso contrario.

Estos oficiales practican sus derechos a través de arancel

Distinta es la función que tenían los receptores de pena de Cámara, que consistía en ejecutar las penas impuestas para la Cámara, percibiendo su salario del diezmo de lo que se recaudase, y con intervención de los fiscales.

7.1.2. TASADORES.

Era el oficial que calculaba los Derechos que tenían que percibir escribanos y relatores conforme a los aranceles correspondientes. Eran nombrados por el Presidente y no podían cobrar derecho por escritura ni procesos sin que vayan tasados, poniendo recibo rubricado al pie de la tasación. ¹²⁴ Los tasadores percibían su salario, fijado al pie de la tasación, de la cuantía de las penas recaudadas para la Cámara, no suponiendo un gasto para las partes.

7.1.3. PORTEROS.

Los porteros eran oficios no venales, pagados por los Escribanos, que realizaban funciones de vigilancia y asistencia a los consejeros.

Su número se fijó en doce; debían asistir al Consejo todos los días, guardar la puerta y llamar a los que el Tribunal les ordenase ¹²⁵

¹²³ N.R. 1.20, T.22, L.4

¹²⁴ N.R. 1.4, T.23, L.2 y NoR. 1.4, T23, L.4

¹²⁵ N.R. 1.16, T.4, L.22

8.1. PERSONAL TÉCNICO NO INTEGRADO EN EL TRIBUNAL.

8.1.1. ABOGADOS.

El ejercicio como abogado ante los Tribunales de la Corte, estaba revestido de unos requisitos que garantizaban su correcta realización. Su labor tenía un carácter técnico y de asesoramiento, distinguiéndose dos situaciones:

- el abogado que ejercía su profesión libremente.
- el abogado de pobres del Consejo.

Era una garantía para los sujetos pasivos que los abogados fuesen examinados y jurasen en el Consejo, así como el que estuviesen inscritos en la matrícula de abogados¹²⁶, ya que por autos del Consejo de 1617 y 1804, se insistió en la necesidad de la matrícula como licencia para ejercer. En este último auto ya aparece el estar admitido en el Colegio de Abogados de la Corte ¹²⁷

Debían firmar las demandas y se les daba traslado de los informes de las partes y de los resúmenes del relator, para que a su vez pudiesen alegar.

Aunque el contenido de su función era de asesoramiento técnico a las partes, podían explicar algún punto confuso de la demanda ante la Sala, y se les insistía que no formularan alegaciones maliciosas y que fueran breves ¹²⁸

Como deberes deontológicos asumían el del secreto y el de no asistir a la parte contraria en la segunda instancia, ni abandonar sin justa causa una vez asumido el pleito

¹²⁶ N.R. 1.1, T.16, L.2

¹²⁷ NoR. 1.3, T.19, L.4

¹²⁸ N.R. 11.3 y 4, T.16, L.2

(leyes 13,17 y 22).

Los abogados bastanteaban los poderes de los procuradores y firmaban los interrogatorios de los testigos, (1.24) alcanzándoles la incompatibilidad para ejercer como juez o escribano, y el parentesco como impedimento (leyes 33 y 30).

Los llamados "abogados de pobres" eran de nombramiento real y su salario también ¹²⁹

8.1.2. PROCURADORES.

Los Procuradores eran técnicos del derecho cuya intervención en los pleitos era fundamentalmente procesal, ya que tenían la representación de las partes en la postulación procesal. **Alvarez** ¹³⁰, siguiendo las Partidas define al procurador como

"aquel que por mandato del dueño, recibe en sí la administración de algún leito negocio judicial".

La institución de las Procuradurías se basa en la doctrina romana del mandato, por lo que se sujeta a los mismos presupuestos: el mandato lo otorga el que tenga interés en el negocio y esté legitimado para ello; para poder ser Procurador hay que estar capacitado para poder realizar actos de obligarse (abarcando las mismas incompatibilidades que para el resto de los oficios). La representación finaliza por las mismas causas que finaliza el mandato (por la muerte del que apodera o apoderado, renuncia o revocación). Salvo en

¹²⁹ NoR. 1.4, T.19, L.2

¹³⁰ ALVAREZ, " Instituciones del Derecho Real de España en el Siglo XVIII " Ripollés. Madrid 1829. Pág 197

el caso que el poderdante muera una vez contestada la demanda en que el pleito puede continuar. (se entendía así; basando en una teoría romanista que pensaba que una vez contestada la demanda, el procurador se hace Señor del pleito, transmitiéndose a los herederos como se transmite el dominio).

Para poder ejercer como procurador habría que ser examinado y hallado "habil" y una vez admitido, jurar y estar inscrito en la matrícula de Procuradores. Su labor se realizaba entre las partes -los letrados- el Tribunal, actuando como intermediarios entre los tres sujetos, mediante traslados y presensación de escritos, y en aspectos únicamente procesales, reservando el conocimiento del fondo del negocio o pleito a los letrados;¹³¹ los letrados a su vez debían bastantear los poderes que aportaban los procuradores.¹³²

2.3. LOS JUECES DEL ANTIGUO RÉGIMEN. UN OFICIO DE PODER.

“El hombre que se debe encargar del oficio público de juez, como quiere que sea, o porque él lo pida, o su Príncipe se lo mande, debe poner su principal intento en aceptarlo y administrarlo, por servir en ello a Dios, cuyo ministro es cualquier hombre que hace justicia”¹³³

La función de juzgar estaba encomendada en todo el período del Antiguo Régimen a los órganos de justicia que se han descrito someramente en el epígrafe anterior. Pero esta función era ejercida por los jueces, que entre todos los oficiales de la monarquía eran los

¹³¹ NoR. 1.6, T.31, L.5

¹³² N.R. 1.2, T.24, L.2

¹³³ SAGALDO CORREA, “Regimiento de jueces”, fol. 5.

sometidos a mayores exigencias y requisitos, tanto para su nombramiento como para el ejercicio del cargo.¹³⁴ No se trata en este trabajo de hacer un estudio exhaustivo de los jueces y sus funciones, sino que se va a dar una visión de conjunto de quienes eran, como trabajaban y que se les exigía en y para el ejercicio de su cargo a los jueces castellanos.

Jueces eran tanto los que servían órganos unipersonales- Alcaldes Ordinarios y Mayores, y Corregidores- como los que se integraban en órganos colegiados- Consejeros, Oidores y Alcaldes del Crimen. Aunque según los puestos a servir, y los momentos históricos, a los jueces civiles, los oidores, se les exigían mayores conocimientos técnicos que a los que tenían encomendadas funciones penales, en exclusiva o en mayor parte. Se puede hablar de una cierta homogeneidad en todo el período que comprende la Edad Moderna en cuanto a las cualidades, deberes, derechos y funciones de los jueces, pues los escasos cambios producidos -en los reinados de los Reyes Católicos, Felipe II y Carlos III fundamentalmente, afectaban más a las instituciones que a la función de juzgar. Esta función, en cierta medida sacralizada y al mismo tiempo, y en algún aspecto, cuestionada socialmente por no conseguir con eficacia aquello para lo que estaba destinada (solucionar los problemas sociales) era la traslación del propio poder del monarca, que era ejercido por delegación por las personas por él mismo y su Consejo designadas. Quizás el pensamiento jurídico, la filosofía y los políticos teóricos depositaban en el hecho de juzgar todas las expectativas de lo que se entendía como su fin último: hacer o administrar la justicia. Y en esta medida, no se podían permitir que aquellas personas sobre las que recaía una de las

¹³⁴ Sobre el estatuto de los jueces, es fundamental la obra de Roberto ROLDAN VERDEJO "Los Jueces de la Monarquía Absoluta", ya que resulta muy completa para conocer el Estatuto y la función judicial.

funciones más trascendentes social y políticamente, escapase al control de sus capacidades y de sus hechos.

Del conjunto de jueces que sirvieron a la monarquía desde el siglo XV hasta el XVIII, se pueden establecer unas líneas generales o características personales y sociales¹³⁵

1º.- Desde el punto de vista social, la extracción de las personas que solicitaban el nombramiento de juez era un factor determinante, pues *no hacen tanto daño a la república, los bandidos o salteadores como los malos jueces*, de ahí que quienes tiene la facultad de nombrarlos, *pongan en ello el mayor cuidado, atendiendo solo al mérito y calidad de los sujetos*.¹³⁶ Y la calidad estaba en no pertenecer, ni a la clase de los poderosos ni al estamento que ejercía oficios viles o serviles; se buscaba que el juez fuese “gente media entre los grandes y los pequeños”, pero a ser posible de buena *casta y linaje*, pues se le supone que tendrá gran vergüenza en errar en aquello que emprenda y *tendrá gran cuenta con no hacer cosa fea y que no deba, por la vergüenza que pasaría si no acierta*.¹³⁷ La buena posición en la sociedad, con título de hidalguía a ser posible, el llevar

¹³⁵ Eran frecuentes las obras dirigidas a dar consejos a los jueces, en cuanto a cual debería ser su comportamiento, los requisitos a los que estaban sometidos, sus deberes y sus obligaciones, así como sus cualidades. Se han utilizado cuatro de ellas: SALAGADO CORREA, “Regimiento para jueces”, 1556; ALONSO HEREDIA, “Dechado de Jueces”, 1566; VILLADIEGO VASCUÑANA, “Instrucción política y práctica judicial”, 1720 y GUARDIOLA Y SAEZ, “El Corregidor perfecto”, 1785. Aunque las obras más útiles para este trabajo son las dos últimas, las referencias contenidas en las anteriores son válidas en cuanto a la continuidad de los mensajes.

¹³⁶ GUARDIOLA Y SAEZ, “El Corregidor perfecto”, Pág. 63.

¹³⁷ ALONSO DE HEREDIA, “Dechado de Jueces”, Pág. 31.
GUARDIOLA Y SAEZ, Ob. Cit. Pág. 68.

una vida reglada y estar integrado socialmente en el medio, se entendían como condiciones necesarias y básicas para poder acceder a un cargo judicial, por lo que se tendría en cuenta el que las personas a las que se nombraba como jueces tuviesen *principal respeto a la buena relación de sus vidas*.¹³⁸ En el ideal del hombre medio, en relación con sus bienes de fortuna, también se entendían excluidos de la judicatura las personas “poderosas”. Este criterio, que parte de una ley de **Las Partidas**,¹³⁹ estaba basado en la idea de que las personas con excesivo poder y riqueza, -ambas cosas en esta sociedad estamental iban indisolublemente unidas- podían actuar arbitrariamente y fuera del control de la monarquía, no siendo capaces de acceder con facilidad a la proximidad de los súbditos a los que tuviese que hacerles justicia.¹⁴⁰ En el siglo XVIII el acceso de los poderosos a los cargos judiciales había ido perdiendo fuerza, por el hecho excluyente de la exigencia de conocimientos técnicos, que salvo para los altos cargos de los Consejos, alejó a la nobleza del oficio de ser juez.

Dentro de las condiciones sociales de los jueces, estaba el hecho de que no fuesen naturales o vecinos del lugar en el que tuviesen que servir el oficio, debido a los condicionantes de las relaciones de parentesco y clientelismo que ello suponía, y que podía condicionar la actitud de parcialidad del juez en el momento de tomar decisiones en que estuviesen involucrados intereses personales, pues por amistad o afecto puede tomar una

¹³⁸ N.R. 10.5.3.

¹³⁹ P.P. 2.9.2.

¹⁴⁰ ROLDÁN VERDEJO, “Los jueces de la monarquía absoluta”, Pág. 68.

decisión que resulta injusta.¹⁴¹ La limitación del hecho de la vecindad para poder ejercer el cargo de juez en un pueblo o ciudad, chocó en un principio con la posibilidad que tenían algunas ciudades castellanas de elegir sus propios cargos de justicia; el requisito de no ser natural del lugar se tuvo en cuenta con mayor firmeza en los nombramientos de Corregidores y Alcaldes Mayores que hacía la Monarquía, y en cambio no era considerado como un factor excluyente para las alcaldías ordinarias, por ser inherente a las mismas el hecho de la vecindad. Para los Tribunales Superiores también jugaba esta circunstancia en cuanto el nombramiento de los alcaldes y oidores de Chancillerías y Audiencias, que se tenía en cuenta relativamente, aunque con el tiempo y la instauración política y social de la exigencia de conocimientos técnicos para el ejercicio de estas profesiones, la vecindad o no del candidato pasó a un segundo plano.

2º.- La pertenencia a un grupo social o religioso, actuaba sobre la condición del candidato para ser juez. El desempeñar un cargo en la Iglesia Católica era un motivo de exclusión para la judicatura, pues para poder ser juez se exigía la calidad de *lego*. Las repercusiones sociales de la Contrarreforma y el fortalecimiento del Tribunal de la Inquisición impidieron el acceso al oficio de juez a las personas que tuviesen antecedentes religiosos que les relacionasen con la herejía, y consecuentemente con credos religiosos fuera de la propia religión católica. Aunque en la realidad social, el hecho de ser converso o descendiente de conversos no se consideraba causa de exclusión para ejercer el oficio de juez, *en rigor de justicia, los confesos no son excluidos de los oficios públicos, siendo*

¹⁴¹ VILLADIEGO Y VASCUÑANA, "Instrucción política y práctica judicial", pág. 158.

virtuosos.¹⁴² La exclusión de los conversos de los cargos judiciales se producía posiblemente por vía indirecta. Al ser preferidos los hidalgos para el ejercicio del oficio de juez, se estaba impidiendo que las personas que provenían de situaciones sociales de conversión accediesen con dificultad al cargo, ya que para obtener los títulos de hidalguía se exigía la acreditación del estatuto de limpieza de sangre. En algunos casos, la mala valoración social de los judíos actuaba como un condicionante negativo para nombramientos judiciales, pues se les consideraba “muy perniciosos para las comunidades y oficios públicos”.¹⁴³ La otra vía indirecta que impedía acceder a los conversos a los oficios judiciales, era la de la exigencia del estatuto de limpieza de sangre para ingresar en los Colegios Mayores de Valladolid, Salamanca y Alcalá, que al suponer el camino para realizar los estudios en leyes que se fueron exigiendo a los jueces, si limitó el acceso a la magistratura de las personas que no reuniesen este requisito.

~~3º. El sistema de nombramientos dependió siempre del titular del poder,~~ en los casos de jueces de designación real, pues pervivieron con la designación de Jueces - Alcaldes Ordinarios, Tenientes y Alcaldes Mayores de Corregimientos- que eran nombrados por los concejos o designados por las estructuras de ciudades que conservaban el privilegio de elegir a sus jueces. En un primer tramo de la Edad Moderna, hasta que existió una consolidación de los órganos de la burocracia real, los nombramientos de oficiales reales, y de los jueces en concreto, se hacía directamente por el Rey. Pues *a los reyes pertenece el poder de nombrar Gobernadores, Corregidores, Regidores y otros*

¹⁴² ALONSO DE HEREDIA, “Dechado de Jueces”, Pág. 55.

¹⁴³ CASTILLO DE BOVADILLA, “Política para Corregidores y Señores de vasallos”, Pág. 58

*Magistrados seculares, [...] aunque no dejen otros señores temporales de tener el mismo poder adquirido.*¹⁴⁴ La consolidación del Consejo Real de Castilla, y en concreto de la Cámara, conllevó la intervención de este órgano en los nombramientos de los jueces. Apartir de ahí, siglo XVI, será la Cámara la que se ocupará de los nombramientos de los jueces reales, y desde ahí se fue instaurando el procedimiento burocrático a seguir, que perduró hasta el siglo XIX. El sistema era el de la proposición de una terna, que la Cámara elevaba al rey en forma de *consulta*. En esta consulta se hacía constar los méritos de los propuestos, mencionándose en un principio los méritos personales y familiares, además de los profesionales. Con el tiempo fueron perdiendo fuerza los aspectos que hacían referencia a las cualidades de la persona y de sus antecesores, para hacer mayor fuerza en las cualidades universitarias y técnicas, en las que además de los estudios en leyes tenían mucho peso los cargos servidos con anterioridad. A finales del Antiguo Régimen, esta era la cualidad de mayor peso en los informes de los aspirantes a un cargo judicial.

José Blanco White, en su obra “Cartas de España”, cuenta con ironía y humor como se movían en la Corte española de finales del XVIII, los pretendientes a ser nombrados para algún cargo administrativo. Entre la variedad de pretendientes que describe, hay que resaltar a *los letrados que quieren conseguir un puesto en uno de nuestros numerosos tribunales, [...] y los abogados, cuyo interés se limita a un*

¹⁴⁴ HEVIA BOLAÑOS, “Curia Filípica”, pag. 9.

“Tenemos por bien, que todos los juzgadores para librar los pleitos sean puestos por nuestra mano, o por los Reyes que después de nos vinieren, porque aquellos que son llamados jueces, o Alcaldes ordinarios para librar los pleitos, no los puede poner otro, salvo los emperadores o reyes, o a quien ellos lo otorgasen o diesen poder señaladamente, o si algunos señores, o ciudades, o villas lo ganasen por tiempo”. N.R. 1.9.3. Y No.R. 1.1.11.

*Corregimiento, esto es especie de magistratura con poderes judiciales muy limitados, que hay en toda villa importante que carezca de Audiencia.*¹⁴⁵ Los letrados, según el autor, que no puedan pretender la Magistratura, quieren ser Corregidores; para ello necesitan cartas de recomendación, un memorial y una relación impresa de sus grados universitarios y méritos literarios; esta relación se conocía como “papel de méritos”. Además, los pretendientes hacían antesala de un grande de España con privilegio de nombrar jueces, a veces valiéndose de influencias indirectas en la Corte. Para conseguir un nombramiento de oidor, de mayor categoría profesional, hace falta casamiento o favor en la Corte, y consecuencia de ello sería la creciente venalidad de los jueces y el refrán *arrastrado te veas como un pretendiente*¹⁴⁶

4º. Los nombramientos y recibimientos del oficio de juez estaban sujetos a determinadas formalidades. El nombramiento real para ejercer un oficio judicial, no tenía en sí valor si no estaba seguido del *recibimiento y juramento del nombrado*. La base documental que debía utilizar un juez para hacer estas actuaciones era el *título real* en el que se acreditaba su condición. Una vez obtenido el título, y previo a su recibimiento, debía escribir al Juez o Corregidor que servía el oficio comunicándoles su llegada “para que tenga tiempo de prevenir su casa y su vivienda”.¹⁴⁷ La llegada al lugar en el que va a servir el cargo la debe hacer con discreción, evitando el recibimiento público, para lo que deberá entrar en el pueblo a “deshora”. Una vez en el lugar, se debe dirigir al Cabildo, al que

¹⁴⁵ BLANCO WHITE, “Cartas de España”, Pág. 275.

¹⁴⁶ Ibidem.

¹⁴⁷ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 17.

presentará su título y tomará posesión de su cargo. La toma de posesión de un juez estaba revestida de unas ciertas solemnidades y rituales, en que participaban todos los miembros del Cabildo y Regimiento, leyéndose en voz alta el documento en el que se acreditaba su nombramiento, previo a que el escribano del lugar tomase nota del mismo. Pero todos estos actos formales y solemnes, no tenían validez sino estaban secundados por el juramento del nuevo juez. La obligación de los jueces de jurar al recibir su cargo, arranca de **Las Partidas**, habiendo pasado a la legislación real posterior y siendo recogida por las Recopilaciones. El compromiso adquirido por el juramento iba, desde la obediencia, guarda y honra de los mandatos y derechos reales, pasando por el deber de secreto sobre lo que se dispusiese, hasta la que se proyectaba hacia la forma de ejercer su cargo y administrar la justicia, como era *que los pleitos que vinieren ante ellos, que los libren bien y lealmente, y los más aina y mejor que pudieren y supieren; y que por amor, ni desamor ni por odio, ni por don que les den, ni les prometan dar, que no se desvien de la verdad ni del derecho*¹⁴⁸ El juramento, a parte de formar parte de las solemnidades de recibimiento del oficio de juez, era un requisito constitutivo del cargo, pues sin que estuviese efectuado, el juez ordinario no tenía propiamente jurisdicción.

La obediencia a las leyes, que ha de jurar cualquier oficial real, y los jueces especialmente, implica la observancia de los Capítulos de Corregidores y otras leyes escritas, cumpliendo las Cartas y Provisiones Reales que le fuesen enviadas. Pues cuando reciba Cartas Reales o del Presidente del Consejo, una vez que se le notifiquen, deberá el

¹⁴⁸ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 17.

N.R. 3.9.3.

No.R. 3.1.11.

juez

“con todo acatamiento, besándolas y poniéndolas sobre su cabeza, y levantándose en pie, si estuviere asentado, en mentando el nombre del Rey, y sin decir ni hacer cosa que parezca, o sea demostración de desacato, ni arrebatándolas a los Escribanos que las notifiquen, con desdén o desprecio, sino cumpliéndolas luego a la letra *porque las cartas del rey tienen fuerza de Ley*.¹⁴⁹

Es pues el juramento de los jueces al recibir su cargo, un acto solemne que formalmente constituye un requisito para el ejercicio del oficio, pues un juez que no ha hecho su juramento de guardar la leyes y resolver bien las cuestiones que ante él se planteen, no puede acometer actos propios de la jurisdicción, ya que serían nulos en sí mismos. Prestado el juramento, el nuevo juez recibe la vara de manos del juez saliente, como símbolo e investidura del cargo.

Los Alcaldes Ordinarios, logicamente no estaban sujetos a estas ceremonias y formalidades, pues entre otras circunstancias, ellos eran vecinos del pueblo en el que iban a servir su oficio de juez. Pero los jueces locales inferiores, también hacían un juramento previo al ejercicio del cargo, por el que se comprometían a hacer justicia de forma imparcial.

A partir de este momento, la posesión de un juez en su oficio, producía los efectos consecuentes, como era desde luego la percepción del salario, y el tiempo del oficio, tanto si el nombramiento era temporal, como a efectos de antigüedad. Debía el nuevo juez posesionado, en el plazo de quince días presentar las fianzas a las que le obligaba la ley, como una garantía del cumplimiento de sus obligaciones frente a terceros, para

¹⁴⁹ VILLADIEGO Y VASCUÑANA, Ob. Cit. Pág. 151.

cumplimiento de las indemnizaciones a que pudiese ser condenado por actuaciones en el ejercicio de su cargo.¹⁵⁰

5º.- Inherentes al oficio de juez son los deberes, los derechos y la responsabilidad derivada del ejercicio del cargo. A los jueces se les exigía el cumplimiento de unos **deberes** al ejercer su oficio, que no era más que el correcto cumplimiento de la función para la que habían sido nombrados. Genéricamente se exigía a los jueces el deber de secreto sobre los asuntos que de los que conocían por sus manos, la aplicación de conocimientos en derecho para resolver las cuestiones, en los jueces que no fuesen legos, y sujetarse a las restricciones derivadas del ejercicio del cargo. Los **derechos** de los que es titular un juez mientras está ejerciendo su oficio son fundamentalmente, la permanencia en el cargo para el que ha sido nombrado, la satisfacción de los derechos económicos y la promoción en la carrera judicial. En cuanto a la **responsabilidad** a los jueces, es mayor cuanto más fuerte es el poder del Estado, que utiliza tres sistemas de control: la residencia, la pesquisa y la visita.

2.3.1. Concepto y requisitos para ser juez.

A la figura y profesión de los jueces siempre se les aplicaron conceptos que iban más allá de los puramente técnicos. Se podía partir de filósofos y pensadores como **San Isidoro de Sevilla**, para el que un juez es *varón bueno, que dá y administra justicia al pueblo, dando a cada uno lo que es suyo*.¹⁵¹ En otras ocasiones se remitían al origen de la

¹⁵⁰ ROLDÁN VERDEJO, Ob. Cit. Pág. 122.

¹⁵¹ ALONSO DE HEREDIA, Ob. Cit. Pág. 12

voz latina *a iure dicendo* para explicar que supone el oficio de juzgar correctamente.¹⁵² La mayoría se refieren a la definición que se da en **Las Partidas** en donde se dice que juez *es home bueno que es puesto para mandar, e facer derecho, e juzgar los pleitos*.¹⁵³ Los autores del Siglo XVIII eran más precisos y buscaron definiciones más acordes con las ideas que los conceptos del derecho público habían ido introduciendo en la doctrina.

“Corregidor, es pues, un Magistrado y oficio real, que contiene en sí los Pueblos, o Provincias que gobierna, jurisdicción alta y baja, mero y mixto imperio, por el cual son despachados los negocios contenciosos, castigados los delitos, y puestos en ejecución los actos de buena gobernación [...]”.¹⁵⁴

Dou y Bassols hace una definición más elaborada de lo que se debe entender como juez,

“ Son personas autorizadas con alguna especie de jurisdicción, para conocer de los pleitos, dudas y dificultades que ocurran, y decidir con arreglo a las leyes.”¹⁵⁵

Como se vé, desde la idea inicial que recogen **Las Partidas**, definiendo a los jueces como **hombres buenos** que hacen derecho juzgando en los pleitos, se introdujo el concepto de jurisdicción como un elemento integrador del oficio del juez. Se pone así de relieve la inherente potestad de la que ha de estar revestido un juzgador para ejercer su oficio, y en consecuencia administrar correctamente la justicia. Más allá de sus contenidos

¹⁵² GUARDIOLA Y SAEZ, Ob. Cit. Pág. 33.

¹⁵³ P.P. 1.4.3.

¹⁵⁴ VILLADIEGO Y VASCUÑANA, Ob. Cit. Pág. 143.

¹⁵⁵ DOU Y BASSOLS, “Instituciones del Derecho Público General de España”, L.I, T.8, cap. 8, Pág. 4

meramente conceptuales que se pueden atribuir a una definición de los jueces, siempre se consideró que estos oficiales reales deberían estar revestidos de una serie de cualidades personales imprescindibles para poder ejercer su oficio bien y correctamente. Los jueces deberían ser *justicieros, para hacer a cada uno de los que vinieren a su juicio, justicia y derecho. E sin duda conviene que sean tales, porque no fagan en sus juicios que tornen a daño del rey, ni del pueblo, ni porque ellos hoviesen mala fama ni peligro de sus cuerpos.*¹⁵⁶ O el mismo **Castillo de Bovadilla**, cuando decía que los jueces no deben ser ignorantes ni pobres, no deben ejercer en el lugar de donde son hijos, además, deben ser temerosos de Dios y deseosos del bien público.¹⁵⁷ A esto se añadía que debían los jueces ser hábiles y de buenas costumbres, como hombres buenos puestos para hacer derecho.¹⁵⁸ Estas ideas de conveniencia en las cualidades personales de los jueces, estuvieron siempre presentes en la doctrina y en la legislación, que incluso recogió en mensaje y le dió cuerpo de ley. En las leyes dadas en el **Ordenamiento de Alcalá** para los Alcaldes Ordinarios, se establece que *los tales jueces deben ser puestos personas leales, de buena fama y sin codicia, y que hayan sabiduría para juzgar los pleitos derechamente por su saber y su seso; y que sean mansos y de buena palabra a los que vinieran ante ellos a juicio, y sobre todo que teman a Dios y a los señores que les ponen y les dan el oficio.*¹⁵⁹ Se está pues ante determinadas cualidades personales que deben formar parte de la

¹⁵⁶ ALONSO DE HEREDIA, Ob. Cit. Pág. 12

¹⁵⁷ CASTILLO DE BOVADILLA, Ob. Cit. L.I, Cap. 1.

¹⁵⁸ TAPIA, “Febrero Novísimo, o Librería de jueces, abogados y escribanos”, Pág.17.

¹⁵⁹ N.R. 1.9.3.

personalidad de aquellos que son llamados a ejercer el oficio de juez. Pero veamos sistemáticamente cuales eran estas cualidades y los requisitos que se exigían a los jueces en general.

A) Requisitos para ser juez.

1º.- La Edad. Es lógico pensar que a las personas que estaba destinadas a desempeñar el oficio de juez, se les exigiese una edad mínima para poder desempeñarlo, toda vez que la ciencia del derecho en general establecía límites de edad para poder ejercitar determinadas capacidades de la persona con carácter general. El problema en el caso de los jueces para fijar su edad mínima, está en una disparidad legislativa, que a causa de la mala política recopiladora hizo que se mantuviesen dos normas que en sí mismas se contradecían, lo que dió lugar a distintas interpretaciones para fijar la edad de los jueces en el ejercicio de su cargo. En principio, **Las Partidas** fijaron la edad exigible para ser juez en **veinte años**¹⁶⁰. Idéntico criterio mantuvo el **Ordenamiento de Alcalá** de 1348,¹⁶¹ con lo que se vino aplicando esta norma con carácter general. La confusión surgió en el reinado de los Reyes Católicos, cuando al legislar diversos aspectos que afectaban el estatuto de los Jueces en la Provisión dada en Barcelona en 1493,¹⁶² se alteró el criterio anterior al exigir que los jueces deberían tener **veintiseis años** para ejercer al oficio de juez. La modificación no fue gratuita, pues se basaba en otra exigencia de fondo de mayor calado y trascendencia. La intención era la de solucionar la situación existente respecto a

¹⁶⁰ P.P. 5.4.3.

¹⁶¹ N.R. 3.9.3. y No.R. 4.1.11.

¹⁶² N.R. 2.9.3. y No.R. 3.1.11.

la falta o insuficiencia de estudios en los jueces, lo que generaba *algunos abusos que vemos el día de hoy[...] la gran copia de jueces que andan por estos reinos con cuatro años y medio que mal cursaron en Salamanca, o en otra parte, sólo por poderse con ellos graduar de Bachilleres, y luego salir a volar y hacer en su género no menor estrago, de los que hacen los mozos médicos, sin letras ni experiencia*.¹⁶³ Para paliar estos abusos, se estableció la exigencia, que por otra parte iba dirigida también a las Universidades, de tener cursados como mínimo **diez años** de estudios de Leyes y Cánones. De esta exigencia es consecuencia que la edad de un juez, con estudios finalizados, estuviese en los **veintiseis años**. Pero al convivir ambas normas en las Recopilaciones, y ser contradictorias, entró en juego los mecanismos de interpretación de los juristas, que desde **Acevedo** pesistieron hasta los autores de finales del siglo XVIII, como **Juan Sala**. La interpretación más correcta, desde puntos de vista más actuales debería hacerse partiendo de la exigencia de los estudios. Si a los jueces destinados a servir oficios para los que se exigía la condición de Letrado, se le obligaba a seguir diez años de estudios universitarios, sería a este tipo de jueces los que deberían contar con veintiseis años para acceder al cargo. Por el contrario, para servir determinandas Alcaldías, o Corregimientos de Capa y Espada, en los que era evidente que la exigencia de conocimientos letrados estaba ausente, bastaba con la edad inicialmente exigida de veinte años.

En resumen, pese a la polémica surgida entre los juristas para la interpretación de la coexistencia de dos normas contradictorias, lo probable era que sólo se tuviese en cuenta la exigencia de los veintiseis años para los que accediesen a oficios judiciales en los que

¹⁶³ ALONSO HEREDIA, Ob. Cit. Pág. 69.

expresamente se exigiesen que el juez fuese letrado y con conocimientos en derecho.

2º.- Los conocimientos técnicos.

La edad por sí misma no era suficiente para poder acceder al oficio de juzgar, *por lo que se hace necesario que todo juez, además de la edad correspondiente, tenga una instrucción sólida.*¹⁶⁴ En un principio, desde la Baja Edad media, a los jueces no se les exigía más conocimientos que tener buen juicio o buen entendimiento. Hasta que no se consolidó en el sistema castellano los estudios de Derecho Común, no se fue haciendo necesario la intervención de juristas en la esfera de la administración de justicia. Desde ahí, y para determinados cargos judiciales, Alcalde de Chancillería y Corte, Oidores,-se empezó a tener en cuenta la condición de letrados a determinados jueces. Como se ha visto en el apartado anterior, es desde el Siglo XV cuando se afianza la exigencia de estudios universitarios para servir cargos judiciales, específicamente reservados a jueces letrados, se producía esta situación inmersa en la política de los Reyes Católicos, y continuada por los siguientes Austrias, de dotar a los Corregimientos de personas con conocimientos técnicos suficientes para poder desarrollar su trabajo de jueces con suficiente seguridad, frente al gran numero de Abogados que intervenían en los pleitos. En la realidad, se vinieron exigiendo los estudios de derecho para las Alcaldías Mayores, los Corregimientos que no eran de Capa y Espada, los Alcaldes de Chancillería y los Oidores. Por lo demás se mantuvieron oficios, tales como los de Alcalde Ordinario, jueces Consistoriales, o Corregimientos de Capa y Espada que hasta el siglo XIX estuvieron servidos por personas legas en derecho, ayudada y suplida su ausencia de saber juridico con la ayuda de los

¹⁶⁴ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 17.

Aseores. Por lo demás, lo único que se podía exigir a este tipo de jueces, era un buen sentido común, una cierta experiencia anterior en el oficio y un buen hacer profesional.

Pese a la ausencia de una exigencia total de jueces letrados, los autores jurídicos siempre pensaron y defendieron la actuación de los letrados en los cargos judiciales frente a los no letrados, pues *evitan el rodeo que resulta de tener jueces sin letras, el cual deja muchas cosas de hacer en su oficio, por no acudir con cada cosilla a su asesor, y siéndolo todo uno se despachan muchos más negocios, y las audiencias y república andan mejor servidas y concertadas, y hay mejor lugar para suplir el juez los defectos de los abogados, en los que consiste en derecho[...]*.¹⁶⁵ Además, de los iniciales conocimientos en Derecho Común que se le podían exigir a un juez, con el tiempo la necesidad de buena instrucción técnica se fue ampliando a otros campos del Derecho, tales como el derecho Natural, el público y privado, el Derecho de gentes, y hasta del eclesiástico. A estos estudios, se les añadiría un buen conocimiento de las costumbres y fueros del país, así como de la leyes y ordenanzas relativas a la jurisdicción.¹⁶⁶

Pero el buen juicio y el saber derecho no se consideró nunca suficiente garantía para poder sin más desempeñar correctamente la profesión de juez.

La experiencia era un grado; se huía de los jueces poco experimentados y desde el siglo XVI se recomendó que los nombramientos de los cargos de mayor responsabilidad recayesen sobre personas que hubiesen servido antes en otro lugar. Para el cargo de oidor, por depender de sus decisiones posibles perjuicios económicos “ya que dos sentencias

¹⁶⁵ ALONSO DE HEREDIA, Ob. Cit. Pág. 67.

¹⁶⁶ DOU Y BASSOLS, Ob. Cit. Pág. 26.

conformes quitan la posesión”, y para el de alcalde porque “conocían de las vidas y honras de los hombres”, se deben proponer siempre personas en este tipo de oficios, que hayan ejercido en otros similares, para no pasar directamente de los Colegios a las Chancillerías.¹⁶⁷

¹⁶⁷ ROLDÁN VERDEJO, Ob. Cit. Pág. 87.

3º.- Ausencia de limitaciones físicas.

Es lógico que para el desempeño de un oficio real, como actualmente lo es un empleo público, se pretendiese que la persona que resultase designada gozase de sus plenas capacidades cognitivas y volitivas. Esta exigencia se traducía en la ausencia de motivos o causas incapacitatorias en los jueces.

“Por defecto de incapacidad para ejercer tan grave cargo, no puede ser juez el loco, mudo, sordo, ciego, enfermo habitual, el religioso, el clérigo de órdenes mayores, la mujer, a menos que sea reina u otra señora que herede el señorío de algún territorio, pues en tal caso podrá serlo con el consejo de hombres sabios.”¹⁶⁸

Desde **Las Partidas** hasta la **Novísima Recopilación**, se mantuvieron estos impedimentos físicos y síquicos para acceder a los oficios judiciales, sin que se alterasen hasta que finalizó la legislación del Antiguo Régimen, pasando, como ya se ha dicho en algún aspecto a las normas del estado liberal. Los motivos de estas incapacidades son obvios, pues el desentendido o de mal seso no puede ser juez, pues se le supone que no tiene entendimiento para librar los pleitos derechamente. El que es mudo, no puede hacer preguntas a las partes, ni responder de palabra a cuestiones que se le planteen: el sordo no oirá lo que se razone y alegue. El ciego no verá a las personas, y por lo tanto no podrá conocerlas ni honrarlas. El hombre que constantemente esté enfermo tampoco puede ser

juez, ya que en esa situación se supone que no podrá juzgar ni estar en juicio.¹⁶⁹

Cuestión a parte merece la condición femenina. Imposibilitada la mujer por su condición como tal para ejercer cualquier cargo público, como otras muchas de las limitaciones a su capacidad de obrar consecuencia de un medio social y jurídico, y una legislación y doctrina discriminatorias y restrictivas. Sólo la prohibición contenía una excepción, y se basaba en la posibilidad que tenían las mujeres de heredar reinos y señoríos. El ejercicio de las facultades de la realeza y la condición de señoras, las facultaba para ejercer la jurisdicción como una potestad inseparable del poder que se les adjudicaba. Los motivos parecen fútiles pues se respalda la norma en que si la mujer fuese juez, resultaría el hecho deshonesto por tener que estar en el Ayuntamiento librando pleitos, no parece que tenga mucha consistencia. Detrás de esta intención de salvar la honra femenina, estaba la creencia de la falta de capacidad de las mujeres para desarrollar determinados cargos u ocupaciones.¹⁷⁰

4º.-Ausencia de prohibiciones. Además de los impedimentos físicos y síquicos para ser juez, en el marco del ejercicio del oficio, jugaban otra serie de prohibiciones de carácter funcional. Se referían a la incompatibilidad del ejercicio del cargo de juez con determinadas situaciones derivadas de sus relaciones personales y familiares. La presunción de parcialidad impide ser juez en causa propia o en la que pariente o allegados tengan algún interés, ni aquella causa en la que antes de ser juez se hubiese sido abogado

¹⁶⁹ N.R. 7.9.3.
No.R. 4.1.11.

¹⁷⁰ Ibidem.

o consejero. Tampoco está capacitado un juez para conocer en causa, civil o criminal en la que sus padres o hijos sean partes, o en la que deba ser juzgada mujer a la que haya querido violentar o con la que hubiese querido casarse contra su voluntad. En el plano de la actividad, debe abstenerse de conocer en los pleitos en los que tengan algún interés propio. Tampoco pueden los jueces admitir dádivas o regalos, prohibición reconocida por la doctrina en general y recogida en Las Partidas, en las leyes Recopiladas, y en distintas Ordenanzas. Así lo dice expresamente la **Instrucción de Corregidores de 1788**:

La recta administración de Justicia es inseparable de la integridad y limpieza de los jueces; por cuyo motivo les está prohibido tan seria y repetidamente en las leyes, el recibir dones ni regalos, de cualquier naturaleza que sean de los que tubieren pleito ante ellos, o probablemente pudieren tenerlo, aunque no le tengan en la actualidad; por tanto, se recomienda con toda especialidad a los Corregidores la puntual observancia de este capítulo [sino], serán irremisiblemente castigados, probado que sea el delito con privación de oficio, inhabilitándoles perpetuamente”¹⁷¹

A esta prohibición cabe hacer dos observaciones: 1ª), es reiterada y se insiste con frecuencia en ella, lo que hace suponer que en la práctica se estaban contraviniendo las disposiciones que prohibían a los jueces recibir dádivas o regalos. 2ª) estaba más expresamente dirigida a los jueces locales y a los Corregidores por estar más próximos a los interesados en los pleitos, lo que les hace más vulnerables a este tipo de intentos.

Dentro del criterio de alejamiento de los intereses del juez de los que se derivasen

¹⁷¹ No.R. 9.1.11.

del ejercicio de su función, se le prohibía al juez expresamente adquirir bienes objeto de ejecución en el Tribunal en el que ejerzan su jurisdicción, ni intervenir en ningún negocio en el que el ejercicio de su empleo suponga un beneficio. La prohibición de adquirir bienes afectos a causas seguidas en el tribunal en el que está ejerciendo se empleo, se extiende a todo tipo de bienes, aunque siempre se insistió más en los bienes raíces.

También les está prohibido a los jueces, especialmente a los Corregidores, arrendar sus oficios de justicia, a lo que se les ordena *no sean osados de arrendar ni arrienden los dichos oficios ni alguno de ellos, y si los arrendaren, por el mismo hecho los pierdan*.¹⁷²

Se trata, en resumen de una serie de prohibiciones que tienen los Corregidores, y los jueces en general, directamente relacionadas con el ejercicio de su oficio, y que se fueron perfilando como tales limitaciones, desde el momento en el que las situaciones de corrupción se producían. Posiblemente la monarquía, pese a sus constantes intentos, nunca consiguió evitar que los oficiales de justicia cohechasen y prevaricasen, pues el alcance de estas medidas quedaba limitado por las dificultades para hacerlas cumplir.

B) Cualidades que debía tener un buen juez.

Los requisitos de edad, capacidad, conocimientos y experiencia que se les podían exigir a los jueces, según la legislación real, tenían un marcado carácter objetivo. Eran fácilmente reconocibles y determinables. Pero a esto, llamémoslo exigencias básicas para ejercer un oficio judicial, se le habían ido definido otra serie de características del oficio que estaban más allá de la objetividad. Se referían a las cualidades personales que se

¹⁷² N.R. 8.3.7.

No.R. 4.5.6.

consideraban necesarias para que un juez pudiese ejercer su oficio con corrección y eficacia, y quedaban en el ámbito de las propias conductas personales y capacidades de su actuación.

Leyendo las obras, por otro lado frecuentes en la Edad Moderna, dirigidas a instruir a los jueces en el buen hacer de su oficio, se puede dibujar el retrato “robot” de la imagen idealizada de un juez. Demasiado perfectos para ser humanos, y posiblemente lo que se escribe sobre las condiciones necesarias para ser un buen juez quedase en el puro límite de la realidad, pues lo que socialmente se ha ido transmitiendo de la imagen que de los jueces tenían sus administrados no es precisamente la idealizada que nos intentan enseñar los autores.

Se espera de los jueces que sean de buen linaje, de buen entendimiento, de buenas razones y palabras. Sufridos que no soberbios, amantes de la Justicia, y rectos y constantes en administrarla conforme a la Leyes. Firmes y animosos, no pusilánimes. Han de ser leales y de buena fama, sin codicia. Sabios, prudentes, veraces o amantes de la verdad, y sobre todo temerosos de Dios y del Rey.¹⁷³ Los autores se han inspirado fundamentalmente en los consejos de **Castillo de Bovadilla** y en el contenido del **titulo 9 de la Partida 2**.

De estas cualidades personales que se debían suponer en los jueces, se puede hacer un catálogo, dividiéndolas en dos grupos: las que se refieren a la forma de ser de la persona, y las que se proyectan en las conductas que puedan tener los jueces para con sus administrados.

1º.- Cualidades personales de un juez.

¹⁷³ GUARDIOLA Y SAEZ, Ob. Cit. Pág. 81.

1.- Vivir reglado. Debe tener en cuenta el juez que es punto de observación para las personas del lugar en el que ejerce su oficio, y sobre todo para aquellos de los que conoce algún pleito o negocio; estos tienen especialmente en cuenta su persona, obras, palabras, vida y costumbres. Por ello, el juez no debe hacer, ni decir o pensar cosa alguna de la que pueda ser acusado, pues en la residencia es frecuente que los jueces sean acusados injustamente. Debe intentar en todo momento conseguir una buena fama entre la personas que viven en el lugar en el que ejerce su oficio, y lo hace mediante la buena voluntad y las buenas obras perseveradas y continuadas. Además, siempre ha de tener muy en cuenta cuales son las obligaciones de su oficio y los actos que le están prohibidos por él mismo, para no trasgredir estas normas.¹⁷⁴

2.-El juez ha de ser manso, misericordioso y de buen corazón y firmeza. Si los jueces han de usar del castigo por razón de su oficio, lo han de hacer con precaución, pues en caso de duda más vale pecar por usar de demasiada misericordia, que no por haber usado de demasiada crueldad y aspereza, pues el juez que resulta cruel e impaciente, y pone tormento a los reos por pequeñas cosas, podrá ser privado del oficio. Debe ser lo suficientemente prudente para no engañarse con las voces de los querellosos, de manera que no actúen contra ellos. Serán los jueces mansos y de buena palabra, pero teniendo cuidado que su mansedumbre no sea tanta que el juez se deje *hollar*, pues la mansedumbre excesiva podría convertirse en un defecto. Al juez se le exige que tenga buen corazón y firmeza, de tal manera que a nadie se le ocurra revocar sus decisiones. La firmeza es

¹⁷⁴ SALGADO CORREA, “Regimiento de Jueces”, fol. 10.

calidad exigible en los jueces, para que no se desvean del derecho a la verdad.¹⁷⁵

3.-El juez tiene que ser sobrio y modesto en su vivir La morigeración en el comer y el beber es una cualidad que se debe apreciar en un buen juez, pues es evidente síntoma de su prudencia. Lo mismo que la modestia y la buena educación, que le harán guardar la compostura en las relaciones con los vecinos del lugar.¹⁷⁶

4.- El Juez ha de ser grave y mesurado, en sus gestos pasos y palabras, lo mismo que en el aseo, adorno y compostura de su persona, ya que siempre se ha entendido que *el vestido muestra el oficio*, por lo que el cuidado de su aspecto repercute en su imagen pública.

2º.- Cualidades en relación con sus administrados

1.- Ha de tratar un juez a todos con cortesía, siendo agradable benigno y afable.

Se entiende que un buen juez recibe a todos los que vienen ante él a pedirle justicia, para ello deberá atenderlos con amabilidad, eso sí, medida, para evitar caer en diferencias de trato. Pues se considera que las acciones y obras de un juez se valoran en el contexto de su actitud ante sus administrados, y *si el juez tiene poder para castigar los delitos como las leyes lo mandan, no tiene licencia para injuriar a nadie, ni quitarle ni disminuirle su honra y estimación privadamente, ni de obra ni de palabra.*¹⁷⁷ La amabilidad y la falta de altivez y de crueldad en un juez, le ayudan a acomodarse con prudencia en los lances y

¹⁷⁵ ALONSO DE HEREDIA, Ob. Cit. Pág. 73.

¹⁷⁶ GUARDIOLA Y SAEZ, Ob. Cit. Pág. 86.

¹⁷⁷ SALGADO CORREA, Ob. Cit. Fol. 12.

ocasiones de los súbditos en los negocios.¹⁷⁸

2.- No será el juez muy hablador ni presumido, ni presuntuoso. Un buen juez debe hablar poco y bueno y conversar lo menos que pueda, pues en el hablar excesivo se pueden cometer muchas imprudencias *pues saber callar es muchas veces la mejor ciencia de los hombres*. En esta medida, el ser cauto en sus manifestaciones y no jactarse de sus actos, le ayudará a mejor desenvolver su oficio. En su forma de actuar hacia los demás, la presuntuosidad y la precipitación, son formas de hacer que pueden resultar perjudiciales para un buen juez. Lo mismo que las actuaciones novedosas, pues más le vale no alterar los buenos usos y costumbres del pueblo, que establecerlos de nuevo sin ninguna causa o utilidad.¹⁷⁹

De este somero cuadro de virtudes exigibles a un juez, se puede deducir, que la mayoría estaban dictadas por el sentido común, en base a la experiencia de los problemas de convivencia social, en los que el hecho de que interviniese en las relaciones sociales una persona de poder, condicionaba suficientemente la cuestión, para que se hiciesen valoraciones de conducta personal con mayor rigor que en los casos de relaciones entre iguales.

2.3.2. Deberes y obligaciones de los jueces en el ejercicio de su oficio.

A) Aplicar las leyes. Por definición, y ya se ha dicho repetidamente, el juez ejerce su oficio juzgando y aplicando las leyes. Este condicionante, que para una mentalidad actual resulta claro y obvio en cuanto a cuales son las leyes con las que cuenta un juez,

¹⁷⁸ GUARDIOLA Y SAEZ, Ob. Cit. Pág. 89.

¹⁷⁹ GUARDIOLA Y SAEZ, Ob. Cit. Pág. 88 Y SS.

para los jueces del Antiguo Régimen, y especialmente para los que ejercieron su oficio en el siglo XVIII, no era tan clara ni tan evidente. La obligación consistía en que para resolver una contienda debían hacerlo conforme a las leyes o al derecho. Pero el problema estaba en determinar cuales serán las leyes a tener en cuenta para esta finalidad. No es este el momento de estudiar y analizar la inmensa complejidad del derecho castellano, con sus cuerpos legales superpuestos, sus fueros y costumbres, y la vigencia no explícita del Derecho Común. Simplemente saber que era esta la situación con la se encontraban los jueces al momento de aplicar el Derecho. En principio debían seguir el orden de prelación regulado en el Ordenamiento de Alcalá, teniendo en cuenta en primer lugar el derecho real, y sólo se podría aplicar el contenido en Las Partidas en defecto o ausencia de este derecho. Pero la realidad, como se verá al estudiar la mecánica de los pleitos, era otra. **Tomás y Valiente** ha dicho que la propia complejidad e indefinición del derecho castellano, le dió la suficiente flexibilidad para sobrevivir y adaptarse a las circunstancias motivadas por los cambios sociales y políticos. Es posible que sea así, pues sino es difícil entender que un cuerpo de leyes y de doctrina tan complejo y desmembrado haya mantenido su vigencia durante siglos. En el final de este gran período histórico, estaba vigente la Nueva Recopilación, a la que se habían ido superponiendo la ingente cantidad de disposiciones reales dadas en el último siglo. Pero el problema no estaba únicamente en la deformidad de la leyes y sus colecciones, sino que los jueces se encontraban con otros dos sistemas a tener en cuenta para aplicar el derecho: la total influencia que tenía en la vida jurídica el Derecho Común, y la fijación de normas de uso creadas por las prácticas del foro. Con todo ello, solo les quedaba la interpretación como el vehículo para

poder circular por el abigarrado mundo del derecho castellano.

Y dentro de la interpretación de las leyes, a los jueces se les podía plantear el problema de conocer la existencia de una norma inaplicable por derogada o por contradictoria,. En este caso, y sólo para los tribunales superiores, se permitía consultar, siempre que las razones fuesen graves e importantes, para proponer la revocación o modificación de la norma.¹⁸⁰ Pues *los tribunales superiores, representan o replican atenta y modestamente, si hay algún grave o urgente motivo para proponer la revocación, variación o modificación de la orden expedida.*¹⁸¹ Esta idea no estaba muy difundida, pues la doctrina estaba más conforme con lo dispuesto en la norma, que manda a los jueces que deben juzgar según las leyes del reino, siguiendo el principio general *que no se ha de juzgar de las leyes, sino por ellas.*¹⁸² Es significativo el párrafo de una obra manuscrita fechada en el siglo XVIII:

“Los jueces son ejecutores, no intérpretes de las leyes, y están obligados a guardar su tenor sin que puedan derogar a ellas, ni con la aparente razón de equidad. Deben juzgar como juzgaría la misma ley si pudiera hablar, siendo la ley el alma del juez, y el juez la voz de la ley”.¹⁸³

Se podría decir, para finalizar, que la primera obligación de los jueces era la de aplicar la ley en su justa medida, existiendo la posibilidad de dirigirse al rey para

¹⁸⁰ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 19.

¹⁸¹ DOU Y BASSOLS, Ob. Cit. Pág. 10.

¹⁸² N.R. 4.1.2.

¹⁸³ ESTUGAL. Manuscrito no catalogado. Biblioteca del Ministerio de Justicia.

comunicarle cuando las leyes no resultasen conformes a los principios generales del derecho, aunque evitando siempre la interpretación personal de las mismas.

B) Obligación de auxilio y cooperación en los casos en los que se deban practicarse actuaciones judiciales fuera del territorio de la jurisdicción de cada juez. Se deben los jueces el cumplimiento de la obligación que se les pide de auxilio y cooperación, *no sólo ejecutando lo que se les pide, sino con prontitud y atención*.¹⁸⁴ Está particularmente encomendada esta obligación en los asuntos de rentas, y limitándose en los casos en los que el objeto de la ayuda suponga una cosa notoriamente injusta.

La forma de llevarse a cabo esta cooperación judicial, se hacía por dos vías, O bien el juez al que se solicitaba ayuda “Acompañaba” al juez de la causa que actuaba fuera de su demarcación, ayudándole con los medios a su alcance, o por el contrario, y esto era lo más frecuente, el juez exhortado era el que hacía las actuaciones que se le solicitaban. En la realidad de la práctica judicial la cooperación se solicitaba para emplazar a las partes en un pleito o en un recurso de apelación, para requerirles en los procesos ejecutivos y hacer todas las diligencias propias del apremio, pero sobre todo era solicitada la ayuda de los jueces distintos a los que conocían de la causa en la práctica de las pruebas de testigos. La maquinaria judicial del Antiguo Régimen movía personas en una de las parcelas que producían mayor volumen de tareas a los jueces y escribanos, como eran las ingentes y voluminosísimas pruebas de testigos, testigos que no siempre residían en el lugar en el que se veía la causa, Corregimiento o Alcaldía mayor, por lo que era necesario acudir al auxilio judicial de los Alcaldes Ordinarios generalmente, para poder hecer estas pruebas.

¹⁸⁴ DOU Y BASSOLS, Ob. Cit. Pág. 29.

C) Otras obligaciones de los jueces. Dejando a un lado las obligaciones derivadas de su cargo que no tenían carácter específicamente procesal, a los jueces, en el ejercicio de su jurisdicción se les exigía el cumplimiento de unos deberes que quedaban enmarcados en el ámbito meramente jurisdiccional. Así, no debían suspender la administración de la justicia en los casos en lo que se les solicitaba informe. Se podían producir estas situaciones en los asuntos de carácter ejecutivo, impidiéndose con ello que el deudor pueda paralizar una ejecución. Pues *cuando se piden informes y remisiones de pleitos no se suspenden los procedimientos, sino en el caso en que hubiera muy expresa orden para esta misma suspensión.*¹⁸⁵ Las suspensiones se podían pedir al plantearse una recusación o una cuestión de competencia, y lo que debían evitar los jueces era que las partes utilizasen estos medios para dilatar los asuntos.

Además, debían los jueces despachar prontamente los pleitos. Deseo constante de la monarquía castellana fue, desde el siglo XV, que los pleitos se abreviasen y no se convirtiesen en contiendas interminables por el mal hacer de los profesionales del derecho. Aunque en los asuntos civiles los jueces tenían poca capacidad de decisión y de iniciativa, ya que el poder de disposición estaba prácticamente en manos de las partes, a los titulares de la jurisdicción les cabía la facultad de impulsar y dirigir el procedimiento, y en esta facultad radicaba la obligación de impedir que las contiendas procesales entre particulares se convirtiesen en interminables batallas burocráticas. Pese a estas intenciones, existían muchos asuntos llamados “retardados”, por inactividad de las partes, en los que el juez no tenía la facultad de impulsarlo, ni tan siquiera archivarlo por caducidad de la instancia. Los

¹⁸⁵ DOU Y BASSOLS, Ob. Cit. Pág. 9.

pleitos finalizados por sentencia o auto definitivo, los “fenecidos”, pretendían estar controlados como una manera de saber el rendimiento de los jueces. En un Auto Acordado de 4 de Enero de 1726, se mandaba que *todos los Consejos, Tribunales y Ministros del Reino, den cuenta cada mes a su Majestad por medio del Consejo, de los pleitos fenecidos, y del curso en el que se hallan los demás*. La duda está en saber cual fue el cumplimiento de esta norma por parte de los jueces y la eficacia de la misma.

Finalmente, a todos los miembros de la judicatura les vinculaba la obligación del secreto sobre los asuntos en los que concocían. Deber expresamente reconocido para todos los oficios de justicia, y cuya regulación se encuentra dispersa en la leyes recopiladas y en las Ordenzas.¹⁸⁶

2.3.3.El ejercicio del oficio de Juez.

Una profesión sujeta a excesivos requisitos condicionantes para las personas que la ejercían, controlada por el poder real por medio de las residencias, las visitas y las pesquisas, sobrecargada de trabajo e inmersa en sistemas administrativos y legales confusos y complejos, no podía ser una profesión fácil de ejercer.

“Tiene el oficio de Corregidor en sí gravísimas cargas, aunque el vulgo, y a los que no lo han experimentado les parece cargo de mucha estimación y honra, descanso, [...] provecho y autoridad. [...] Pero no hay estado de mayor peligro, y menos seguridad, y con mayores riesgos de pérdida, que el mandar, “¹⁸⁷

Se daba en los jueces del Antiguo Régimen, tanto en Castilla como en otros

¹⁸⁶ “Mandamos a los dichos Oidores, que tengan gran cuidado en la guarda del secereto del Acuerdo, pues tanto importa” N.R. 45.5.2.

¹⁸⁷ VILLADIEGO Y VASCUÑANA, Ob. Cit. Pág. 147.

territorios, una ambivalencia de su función. Por un lado eran delegados del poder regio y actuaban ejerciendo la jurisdicción, es decir la potestad de juzgar y decidir sobre vidas y haciendas mediante el *mero y mixto imperio*. En principio, esta situación de poder debería facilitar su función jurisdiccional, pero no siempre era así. Si estos jueces estaban sometidos o no al imperio de la ley, no puede clarificar la situación, pues a quien sí que estaban sometidos estos oficiales, era al rey, su poder y sus mecanismos de control. El sobredimensionado, y en cierta medida absurdo derecho castellano, les vinculaba en la toma de sus decisiones, pero finalmente era el derecho del rey y del poder, con lo que se debe entender que su sumisión a estos poderes les habría de condicionar. Pero no sólo estaban sometido a este tipo de sujeciones, sino que en el propio ejercicio de su función, los condicionantes sociales y políticos influían en su toma de decisiones. Como se verá al analizar la decisiones judiciales en los pleitos, decisiones en las que no aparecían los fundamentos del derecho que se había utilizado, los jueces castellanos, aplicaban un derecho más que vigente, “flotante” en los medios judiciales. Se tenía en cuenta la ley real, pero no se olvidaban los criterios del Derecho Común por vía de alegaciones, ni mucho menos las prácticas en uso en los tribunales.

En el otro lado de esta ambivalencia, está la falta de autonomía en la creación del derecho que tenían, en general todos los jueces que sirvieron en las monarquías cuyo sistema jurídico estaba inmerso en el Derecho Común. La imposibilidad de hacer interpretaciones, por lo menos teóricamente, de las confusas normas legales, debiéndose limitar a aplicar el derecho, hacía de los jueces en general unos meros empleados públicos, eso sí, con experiencia y fuerza de obligar para el cumplimiento de sus decisiones, es decir,

con fuerza coactiva. Su función fundamental, como juzgador, es encontrar la norma aplicable a cada caso, para dar una solución a los conflictos conforme al derecho. Las decisiones judiciales, inmersas en la tradición cultural escolástica, se resolvían como procesos lógicos. *La descripción apropiada del juez es la de un operador de un máquina diseñada y construida por los legisladores.*¹⁸⁸

Puede ser esta situación ambivalente (poder/sujeción) uno de los aspectos que condicionaron su forma de trabajar. La actividad de un juez, como tal, se desarrolla en el marco del proceso, tanto penal como civil; los otros actos que podía acometer un juez castellano en el Antiguo Régimen, eran actuaciones meramente de gobierno, no jurisdiccionales. Y el proceso tenía sus normas, su desarrollo, sus intervinientes y sus injerencias. De ahí las especiales peculiaridades del ejercicio de la función de juez en Castilla. En el período de finales del Antiguo Régimen, en el que las conductas han cristalizado en distintas direcciones, se mantienen formas de actuar arrastradas de siglos anteriores, y sobre todo defectos y vicios procesales difíciles de desarraigar del quehacer procesal. **Roldán Verdejo**, en su obra ya comentada, hace un exhaustivo análisis de la función de juzgar, resumiéndola en cuatro planos de actividad: la práctica de la inmediación como actividad procesal de los jueces, las intenciones de acelerar la marcha de los procesos, con intención de abreviarlos y remediar la lentitud, como uno de los males “endémicos” de la justicia castellana, la deliberación de las decisiones y por último, la votación de las sentencias.

En el estudio pormenorizado que se ha hecho del proceso civil, se van desgranando

¹⁸⁸ MERRYMAN, “La tradición jurídica romano-canónica.”, pág. 70.

estas situaciones de la actividad judicial, excepto la deliberación de las sentencias, pues sólo se han estudiado sentencias en primera instancia. Se vá a conocer como celebraban los jueces su Audiencia Pública, obligación fundamental por otra parte impuesta por la ley; se va navegar por el difícil mundo de las pruebas judiciales y la intervención que en ellas tenían los jueces. Cómo se relacionaban con los abogados en el plano del proceso, y como intentaban, con poco éxito, evitar que las partes procesales hiciesen de un pleito su campo de batalla particular.

Sólo queda por decir, que un oficio tan especialmente regulado en su actividad como era el del juez castellano, derivaba hacia actitudes de descontrol y de mal uso del cargo, aunque no siempre se podría decir que era imputable únicamente a los individuos, sino que el propio sistema legal, burocrático, y de poderes estamentales e intermedios, hacía que su ejercicio resultase distorsionado cuando menos.

2.4. LA REAL CHANCILLERÍA DE VALLADOLID¹⁸⁹

2.4.1 RESUMEN HISTÓRICO

En epígrafes anteriores se analizaba, someramente, la evolución y afianzamiento de los órganos superiores de Justicia, en Castilla. Para estudiar la Chancillería de Valladolid es imprescindible hacer un pequeño resumen de su formación. Se fundó la

¹⁸⁹ Para elaborar este estudio se han tenido en cuenta, además de otras obras de consulta, las normas recopiladas que hacen referencia a la Chancillería y que están recogidas en el título 5 del Libro 2 de la Nueva Recopilación, y en el Título 1 del Libro 5 de la Novísima Recopilación. También se han tenido en cuenta las Ordenanzas dadas por los Reyes Católicos en Piedrahita en 1486, y la completa obra de Fernández de Ayala y Aulestia, "Formularios de la Chancillería de Valladolid".

Chancillería

“Para deshacer los agravios que todos los jueces ordinarios de todas las ciudades, villas o lugares del Distrito[...] hiciesen a sus súbditos y naturales, dando a cada uno su derecho, y justicia, poniendo en ella jueces asalariados de su Real Hacienda, para que con mayor fundamento y razón, conociesen de todos los pleitos civiles y criminales que hubiese [...] y dando forma, pronunciando leyes y pragmáticas para la buena observancia [...], creando todos los oficios que hasta hoy han sido necesarios para su gobierno y buena disposición”.¹⁹⁰

Partiendo de la justicia en la esfera personal del Rey, los jueces que le rodean van adquiriendo competencias para conocer de determinados asuntos por delegación de la potestad jurisdiccional real y por imposibilidad del monarca de atender personalmente todos los asuntos, pues el progresivo proceso de especialización administrativa que se produce desde la Baja Edad Media, da lugar a un tribunal territorial de justicia, que emana del Consejo del Rey¹⁹¹. Este Tribunal de Corte conocía de supuestos especiales (los llamados casos de Corte) o aquellos que suponían un daño grave para el Rey o el reino. Hasta aquí estamos en la esfera decisoria; pero las decisiones implicaban la plasmación material y su documentación, para ello, las sentencias que dictaba este Tribunal eran selladas por el Chanciller en sus dependencias. (Chancillería) Se crea así una vinculación entre el Tribunal de la Corte y la Chancillería para determinados aspectos de dependencia jurisdiccional. Esta vinculación suponía un aparato de burocracia personal y material, que fue adquiriendo envergadura y que impedía que la Chancillería acompañase a la Corte en

¹⁹⁰FERNÁNDEZ DE AYALA Y AULESTIA, “Formularios de la Chancillería de Valladolid”, pág 1.

¹⁹¹MOLAS RIBALTA, “Consejos y Audiencias durante el reinado de Felipe II”. Pág 93

sus desplazamientos, por lo que Corte del Rey y Chancillería se van distanciando. Paulatinamente se configuró como un tribunal en primera instancia para los casos de Corte, y de apelación para sentencias de jueces inferiores.

Así la situación -Tribunal de Corte más Chancillería- se mantiene hasta finales del S.XIV en que se intenta reorganizar la justicia de la corte:

1.- En 1371, en las Cortes de Toro, se aprueba el "Ordenamiento sobre Administración de Justicia", constituyéndose en la Corte una Audiencia como tribunal colegiado permanente que se reunía en la Chancillería. Desde aquí los términos "audiencia" (oir y oidores) "Chancillería" se utilizan indistintamente. Se organizaron entonces los **Alcaldes de Corte**, fijando su número en ocho: dos de Castilla, dos de León uno del reino de Toledo, dos en las Extremaduras y uno de Andalucía. Se establecen además, **dos alcaldes del Rastro**, uno de **Hijosdalgo** y otro de **Alzadas**. Seguían todos al rey, pero cabía la posibilidad de celebrar reuniones incluso en su ausencia. Y todos tenían sus correpondeientes escribanos obligados a prestar juramento ante el chanciller.¹⁹²

2.- En 1387 (Juan I) vuelve a modificar en cuanto a la composición y lugar de residencia (Cortes de Briviesca).

3.- Sufre modificaciones posteriores hasta que en 1442 Juan II establece que resida en Valladolid (la fijación definitiva fué de los Reyes Católicos en 1494).

Los autores no están de acuerdo en cuanto al origen de este órgano: para **García Gallo**, la Audiencia (o Chancillería) es un órgano distinto del antiguo Tribunal de la corte.

Valdeavellano y Villapalos, piensan que la Chancillería formaba parte del

¹⁹² DOMINGUEZ RODRIGUEZ, "Los Alcaldes de lo criminal en la Chancillería castellana", pág. 16.

antiguo Tribunal de la Corte y persiste a su lado.

Parece que la Audiencia es un órgano distinto del Tribunal de la Corte, con propias competencias, pero que debido a la confusión terminológica entre Audiencia y Chancillería puede pensarse que su origen está en el Tribunal Regio

Después de estas consideraciones, y volviendo al plano cronológico, hay que situarse en el reinado de los Reyes Católicos como momento fundamental en la historia de la Chancillería:

- se reorganiza y confirma en su estructura y competencias.
- se crea una nueva Chancillería con sede en Ciudad Real (que luego lo sería en Granada).
- su planta, salvo modificaciones no fundamentales, permaneció durante más de tres siglos.
- sirve de modelo para la creación y puesta en funcionamiento de las Audiencias que se van creando en años sucesivos.

Dentro de la preocupación de los Reyes Católicos por reorganizar la administración de justicia, ocupa un lugar muy importante (por el volumen de lo legislado) la Chancillería de Valladolid: Cortes de Madrigal de 1476, Toledo 1480, Ordenamiento de **Montalvo**, Ordenanzas de Piedrahita 1486, Ordenanzas de Medina del Campo de 1489, y otros ordenamientos, cédulas y pragmáticas.¹⁹³

“Mandamos que una de las Audiencias de mis reinos, resida continuamente en la villa

¹⁹³ MENDIZABAL “ Investigación sobre los orígenes, historia y organización, jurisdicción y competencia de la Chancillería de Valladolid”. Pág 22

de Valladolid, [...] y que la otra que antes residía en Ciudad Real esté en la ciudad de Granada”. (Medina del Campo), 1489

A comienzos del siglo XVI, la Chancillería de Valladolid era el Tribunal más antiguo, respetado, y con mucho el más importante de Castilla.¹⁹⁴ En este siglo fue objeto de más de cincuenta disposiciones normativas tendentes a definir su composición y sus atribuciones¹⁹⁵

Así la situación, va evolucionando sin grandes modificaciones. En el S.XVIII la Chancillería de Valladolid se ve afectada por tres modificaciones legislativas. En 1765 se promulgó la recopilación de las ordenanzas del tribunal; en 1771 se produce la transformación de la Sala de Hidalgía en Segunda Sala de lo Criminal, y en 1800 se le confirma en la Presidencia de la Chancillería al capitán general, y en la dirección a un Regente.¹⁹⁶ En el S.XIX se fija la nueva planta de Tribunales dentro del marco de un Estado constitucional.

Dou y Bassols, opina que hay pocas leyes generales que regulen estos órganos, y habiéndose creado en diferentes momentos, debe regularse cada una por sus ordenanzas particulares, sin que exista uniformidad en su composición y funcionamiento y define a las Chancillerías y Audiencias como:

"Tribunales o Consejos del Rey,
autorizados para usar en sus provisiones y
decretos del augusto nombre de Su

¹⁹⁴KAGAN, “Pleitos y Pleiteantes en Castilla. 1500-1700”, Pág 166.

¹⁹⁵ MOLAS RIBALTA, “Consejos y Audiencias durante el reinado de Felipe II”. Pág 94

¹⁹⁶ MOLAS RIBALTA, “Consejos y Audiencias durante el reinado de Felipe II”. Pág 94

Majestad con las facultades correspondientes para obrar en nombre del soberano usando de la regalía comunicada de avocación de causas de dichas personas, que por lo dicho se llaman casos de corte, y de la última apelación [...]¹⁹⁷

Al mismo tiempo lo valora como un desinterés de la monarquía en racionalizar los órganos, aunque sí cabe hablar de algunas reformas, tanto orgánicas como procedimentales. El Conde de Aranda presenta un documento a Carlos III en junio de 1769 en el que le hace patente algunas de las disfunciones que vienen siendo práctica en Chancillerías y Audiencias, desde la escasa asistencia a la Audiencia, hasta la dedicación a otras tareas de asesoramiento, incluso las corruptelas con los interesados. La propuesta fue admitida y confirmada por el Rey y publicada por el Consejo en junio de 1770.

Carácter organizativo tuvo la transformación de las Salas de Hijosdalgo de Valladolid y Granada en Salas del Crimen. Dado el gran número de causas penales pendientes de resolución, y la poca utilidad de las Salas de Hijosdalgo, pues su función correspondía fundamentalmente a practicar las pruebas de los pleitos de hidalguía. Aprobada la orden en 1770, se completó por una resolución de 1771, en cuanto a la forma de constituirse las Salas¹⁹⁸

2.4.2. COMPOSICION.

Desde el S.XV queda la Chancillería dividida en:

¹⁹⁷DOU Y BASSOLS, Ob. Cit. Pág.148

¹⁹⁸VALLEJO GARCÍA HEVIA, Ob. Cit. Págs. 94-110

2.4.2.1. Las cuatro salas civiles.

Actúan en ella dieciséis oidores, cuatro por cada sala, siendo presidente de cada sala el más antiguo. Cada semana actúa un oidor como ponente (se le llama "semanero") por riguroso turno según estaba dispuesto

“aya cuatro salas, para que los cuatro (oidores) estén y oigan y libren en una sala; y los otros cuatro en otra sala; y los otros ocho en otras dos salas; y que el presidente ande por las dichas salas viendo pleitos, y que en cada una de estas dichas salas, los oidores que en ella estuvieren, oigan, libren y determinen de todo en todo, así en primera instancia como en grado de suplicación o apelación todos los pleitos”.¹⁹⁹

La documentación de cada pleito era entregada por el repartidor del Escribano de la Sala a que correspondía el pleito, éste debía ir recogiendo toda la documentación que se dispusiera hasta la terminación del mismo, con la pronunciación de las sentencia.²⁰⁰

2.4.2.2. La Sala de lo Criminal.

Se compone de tres alcaldes, aunque **Mendizabal** aporta el dato, extraído de los mismos archivos de la Chancillería que desde mediados del S.XVI figuran cuatro en la nómina y en los acuerdos. Hacen audiencia los mismos días y horas que los oidores, y si no hay conformidad para tomar un acuerdo, asistirá a la sala el oidor de turno, y en el caso de que no se resuelva, se verá en la sala de oidores. Tienen a su cargo visitar las cárceles dos días en la semana. En 1771 se crea la segunda sala de lo criminal, a partir de la Sala

¹⁹⁹ N.R. 1.3, T.5, L.2

²⁰⁰ DOMINGUEZ RODRIGUEZ, Ob. Cit. Pág 20.

de Hijosdalgo.

Tenía también competencia para actuar en asuntos civiles en primera instancia, para cuestiones suscitadas en la ciudad o en sus cinco leguas circundantes. En este sentido se constituía la Sala como un Juzgado de Primera Instancia.

2.4.2.3 La Sala de Hijosdalgo.

Su origen es el Alcalde de Hijosdalgo creado en las Cortes de Toro de 1371, convertida posteriormente en Sala por Juan I. En principio estaba compuesta por dos Alcaldes, posteriormente elevados a tres, hasta que en 1650 figuraban cuatro en nómina.

²⁰¹ Son competentes para resolver causas de hijosdalgo, y dentro del Distrito de la Chancillería, todos los negocios de alcabalas ²⁰². Únicamente en Valladolid y en Granada existieron estas Salas, que en los siglos XVI y XVII estuvieron muy ocupadas. Para estas cuestiones, la Chancillería actuaba como tribunal de instancia

2.4.2.4. Juez Mayor de Vizcaya

La figura del Juez Mayor de Vizcaya, es competente para conocer de los negocios en los que intervienen los vizcaínos de origen, tanto civiles como criminales. Existió únicamente en Valladolid. Los pleitos que surgían a consecuencia de las cuestiones sociales y de mayorazgos de los vizcaínos, ocuparon a este tribunal, que conció en segunda instancia de las resoluciones de los jueces de Señorío y las Encartaciones, durante siglos. Conocían también de apelaciones de las justicias intermedias.

²⁰¹ MENDIZABAL, Ob. Cit. Pág 26

²⁰² Carlos III convirtió esta sala, en sala de lo Criminal en 1771

2.4.2.5. El Acuerdo general.

La división en salas supone, no sólo la distribución de las competencias sino también una forma de distribuir el trabajo entre los jueces que integran la Chancillería.

Teniendo en cuenta que la Chancillería nace como una "Audiencia" en la que los oidores" han de oír los pleitos", le viene determinada por su origen una amplia competencia civil como una casi exclusividad del órgano; de ahí la importancia que se da en las leyes que regulan su funcionamiento a la actividad de los oidores.

Los oidores que integraban todas las Salas y el Presidente reunidos forman una entidad dentro de la Chancillería denominada el Acuerdo general que se reunían en la Sala destinada a tal fin un día a la semana.

Según **Fernández de Ayala**²⁰³ en el Acuerdo se despachaban los asuntos de cada oidor, así como los asuntos de la Chancillería de carácter político, y otros negocios de carácter grave. Según el autor, en el Acuerdo se leen los asuntos, siendo el oidor más moderno el que decreta las peticiones; el Secretario del Acuerdo, que asiste a sus reuniones las pone como se han de leer, las recoge y las reparte al oidor que corresponda. Al Acuerdo no pueden asistir ni relatores ni escribanos, ni el oidor sobre el que se vaya a decidir una sentencia que le afecte personalmente o a algún pariente suyo. Aunque los Relatores y Escribanos pueden ser llamados por sí, tienen que relatar o escribir, siempre con la obligación de guardar secreto²⁰⁴

Las sentencias decididas en el Acuerdo se escribirán por los escribanos a los que

²⁰³ FERNANDEZ DE AYALA Y AULESTIA. "Formularios Chancillería de Valladolid" . f.3

²⁰⁴ N.R. 1.45, T.5, L.2

se llamarán para este fin, que una vez escritos en limpio se firmarán y pronunciarán, siempre en el Acuerdo.

En los pleitos "arduos y de sustancia", se llevará un libro, (que estará en poder del Presidente) en el que el oidor más moderno escribirá los votos de cada sentencia (teniendo en cuenta que el voto del Presidente no era de calidad).

2.4.2.6. El Presidente de la Chancillería. El Presidente *es cabeza y gobierno de toda la Chancillería*²⁰⁵ Sus funciones eran muy variadas y muy amplias. No era cargo ni vitalicio ni estable, y para acceder a él hacía falta una cierta carga de prestigio como jurista. A diferencia de lo que ocurría en Aragón, Indias, Canarias o Galicia, donde era militar, era con preferencia letrado o eclesiástico²⁰⁶

Dentro de la "carrera administrativa" el cargo de Presidente de la Chancillería, no era de término, pero sí tenía un carácter elevado, siendo utilizado como puente para otros nombramientos posteriores, lo más normal era el de miembro de alguno de los Consejos de la Monarquía. El Presidente de la Chancillería, de evidente procedencia nobiliaria, asumía funciones de carácter judicial, administrativas y sociales (honorarios y representaciones) Se exigía que tuviesen una buena formación en derecho, tanto académica (grado superior) como práctica. Las sentencias dictadas por el Presidente sólo podían ser revisadas por el Consejo de Castilla. Se puede decir que era una figura de gobierno y coordinación judicial con facultades muy amplias,

Sus Funciones.

²⁰⁵ FERNANDEZ DE AYALA Y AULESTIA, Ob. Cit. Fol. 2

²⁰⁶ MOLAS RIBALTA, "Consejos y Audiencias durante el reinado de Felipe II". Pág 44

El Recibimiento y toma de posesión del Presidente de la Chancillería de Valladolid, estaba revestido de solemnidad, celebrándose un verdadero acto público.

Diariamente reparte los jueces en salas antes de bajar a hacer audiencia (porque aunque cada juez celebra audiencia en una sala fija, por ausencia o enfermedad puede haber cambios) asistiendo a todas las salas mientras se celebra audiencia según el horario, que será de tres horas: de 7 a 10 en los meses de Abril a octubre y de 8 a 11 en los meses de Octubre a Abril ²⁰⁷

Distribuye su actividad en los días de la semana ²⁰⁸.

- los lunes va al Acuerdo.

- los martes a la audiencia pública a la sala que está destinada para hacerlas (se la denomina "sala diputada").

En esta sala los escribanos de Cámara leen todas las peticiones dirigidas a substanciar los pleitos y los despachos ordinarios; los oidores por orden de antigüedad de decretos y pronuncian y leen las sentencias, y el relator más moderno lee los autos.

- los miércoles asiste a la sala que le parece.

- los jueves se hace otra vez Acuerdo, y además asiste a la sala de suplicaciones de Vizcaya.

- los viernes vuelve a celebrarse audiencia pública.

- los sábados acude a la sala que desea.²⁰⁹

²⁰⁷ N.R. 1.7, T.5, L.2

²⁰⁸ ELIZONDO. Ob. Cit. Pág. 282

²⁰⁹ AYALA. Ob. Cit. F.3

Competencias en cuanto al personal de la Chancillería.

- en caso de vacante o enfermedad del Juez Mayor de Vizcaya, el presidente nombra a alguien para que ejerza el cargo, (que será colegial mayor o abogado de los primarios). Lo mismo hará cuando falte algún Alcalde de Hijosdalgo, ya que tiene que haber tres para formar sala.

- cuando faltan ambos Fiscales, el Presidente nombrará uno ó dos abogados para que ejerzan el oficio de Fiscal y defiendan al patrimonio real. Mientras que dura la situación se sustancian entre ellos todos los pleitos que tocan al Fiscal, sin dejar de asistir a la defensa de los pleitos que les correspondan.

- el Presidente tiene que nombrar todos los oficios de la Chancillería examinando a las personas cuando así esté previsto.

- dentro de las funciones de personal, el Presidente, puede castigar a los oficiales, cuando en el ejercicio de sus oficios, actúan negligentemente o lleven demasiados derechos.

El Presidente actúa dirimiendo competencias, declarando por sí solo las competencias entre la Justicia Ordinaria de Valladolid con los Alcaldes y entre el Juez Mayor de Vizcaya y la Sala del Crimen. Además, a instancias de parte se puede solicitar que un pleito que se tramita con carácter criminal sea civil o a la inversa. En este caso, la parte solicitante dirige un memorial con su pretensión al Presidente, que se presentará ante el Escribano del Acuerdo, que dará un decreto con el fin de que el Relator haga la relación. Para dirimir estas cuestiones, se formará una "Sala de Competencias" (está encargado de su formación el portero más antiguo) en la que se reúne el Presidente con el Alcalde y el

oidor más antiguo. Una vez formada la Sala, el relator hace la relación y se oye a las partes, y una vez decidido se remite el pleito al tribunal civil o criminal. De esta decisión no cabe suplicación y tiene que conocer del juicio el tribunal al que se remite.

Funciones jurisdiccionales.

El Presidente ve en revista todos los pleitos puestos en Chancillería por nueva demanda, pues no sólo se encarga de la rutina administrativa del tribunal y de la supervisión del trabajo de las distintas salas, sino que también actúa como un magistrado *ve los pleitos y los estudia y vota como cualquier oidor.*²¹⁰

Otras competencias del presidente.

- Despachar los libramientos necesarios para que el pagador y el receptor de penas de Cámara paguen los gastos de Chancillería y nómina de salarios.

- Reparte dos semanas consecutivas los pleitos, y los demás por sus antigüedades los oidores.

- Es juez conservador privativo de todas las Ordenanzas de la Chancillería, cuyas órdenes están obligados a obedecer todos los jueces.

- Dirime competencias entre Jueces y Salas de la propia Chancillería.

- Tres veces al año (Pascua Florida, Espíritu Santo y Navidad) hace visita a las cárceles acompañado de oidores y alcaldes.

- Toma las cuentas de los receptores de penas de Cámara y gastos de Justicia, con los oidores y el Fiscal del Crimen, que los reconocía y los firman. Para ello, tienen en su

²¹⁰ KAGAN, Ob. Cit. Pág. 168.

poder el libro de todas las "condenaciones" para inspeccionarlas mejor.

-Nombra a los Administradores en caso de concurso de acreedores, señalando el salario que corresponde a su ocupación.

El Presidente, individualmente, y sin entrar en ningún turno en cualquier momento puede encomendar a uno de los relatores de sala:

- en los negocios sobre estados de los Grandes y Títulos que después de verse en el Consejo de Castilla se remitan a la Chancillería sobre propiedad.

- en los concursos de acreedores a los estados de los Grandes.

En el supuesto de vacante o ausencia prolongada del Presidente, se hará cargo de sus funciones el oidor más antiguo²¹¹

El voto del Presidente cuando se toman decisiones en las Salas o en el Acuerdo, no es un voto de calidad, sino que se computará como un voto más .

2.4.3. OFICIOS DE JUSTICIA QUE SE SERVÍAN EN CHANCILLERIA

2.4.3.1. Los Oidores Un oidor es un juez civil de Chancillería y Audiencia, que dentro de la carrera judicial supone el grado superior. Frente a los Alcaldes del Crimen (cuya competencia era fundamentalmente criminal), se les supone mayores conocimientos técnicos y mayor experiencia. El ingreso se hacía normalmente por el cargo de Fiscal, para pasar a Alcalde del crimen o Hijosdalgo o Juez Mayor de Vizcaya. La procedencia era de los Colegios Mayores de Salamanca, Valladolid y Alcalá de Henares²¹². Los oidores

²¹¹ N.R. 1.32, T.5, L.2

²¹² MOLAS RIBALTA, "Consejos y Audiencias durante el reinado de Felipe II". Pág 46

se promocionaban a Alcaldes de Casa y Corte, Regentes de Audiencia y miembros de algún Consejo, no saliendo de la Chancillería si no era para pasar a un cargo superior, por lo que los traslados no eran frecuentes, aunque **Molas Ribalta** señala el 37% únicamente el número de magistrados que permanecían en el cargo.²¹³ Socialmente pertenecían a la nobleza o nobleza administrativa, y en su mayoría eran Vascongados, de Asturias o Santander. Intelectualmente, además de la formación universitaria, muchos enseñaron derecho y publicaron obras jurídicas pues las cátedras se utilizaban para promocionarse en los puestos de la Administración²¹⁴. En el S. XVIII era frecuente la pertenencia a Ordenes Militares. Se puede decir que en su mayoría siguieron una carrera brillante sirviendo en distintos destinos, llegando a ser nombrados para órganos del gobierno central²¹⁵

El oficio de oidor no sólo suponía unas competencias que se entendían de más categoría que las de otros jueces, sino que también les estaban atribuidas ciertas prerrogativas que no tenían los alcaldes o Jueces Mayores

Su competencia se limita a:

- Casos de Corte civiles que se sustancian por vía de proceso ordinario.
- Apelaciones civiles de jueces ordinarios o delegados.

En la Chancillería de Valladolid existían dieciseis oidores repartidos en cuatro

²¹³ Ibidem

²¹⁴ PEREZ SAMPER, M^a ANGELES, "Los ministros de la Chancillería de Granada a mediados del S.XVIII". Pág 135

²¹⁵ PEREZ SAMPER, M^a ANGELES, "Los ministros de la Chancillería de Granada a mediados del S. XVIII". Pág 131

Salas.²¹⁶ No deja de ser significativo, o cuando menos curioso, que en más de tres siglos no se variase el número de oidores de este tribunal. Aunque es cierto que en este tiempo se crearon distintas Audiencias, que vendrían a descargar de trabajo a la única e inicial Chancillería, también hay que tener en cuenta que la demografía varió en todo este tiempo, por lo que hay que suponer que la carga de trabajo que habrían de soportar los jueces del siglo XVIII sería mucho mayor que la sostenida en el siglo XV, con lo que se podría justificar, en parte, pues las causas de la dilación de la justicia eran varias, las tardanzas en resolver los asuntos.

Los oidores eran nombrados por cédulas dirigidas al interesado y que suponen un “Mandamiento” para residir en la Chancillería, otra dirigida al Presidente para que les recibiese en el oficio.²¹⁷

En cada sala un oidor actúa como semanero (ponente), sucediéndose unos a otros por antigüedad, siendo sus ocupaciones:

- Despachar las provisiones.
- Declarar autos y sentencias (incluyendo la declaración de cosa juzgada).
- Mandar despachar sobre cartas y ejecutorias.
- Hace tasaciones y otros despachos de semanería.

Al principio de cada año, el Acuerdo nombra un visitador de oficiales de la Chancillería, entre los propios oidores, este visitador puede proceder contra los oficiales por irregularidades en el ejercicio de sus oficios, o bien por tener conocimiento de oficio

²¹⁶ N.R. 1.3, T.5, L.2

²¹⁷ GAN GIMENEZ, “La Real Chancillería de Granada (1505-1834)”. Pág 87

o por queja de parte interesada. En el caso de que los prenda y castigue en materias graves remitirá el asunto al acuerdo pleno.²¹⁸

En el epígrafe anterior se ha visto que el Presidente tenía funciones disciplinarias sobre los oficiales de la Chancillería, por lo que esta figura del oidor visitador" se debe entender como una delegación de las mismas".

Cada sábado dos oidores harán visita a las cárceles, elegidos por turnos (uno antiguo y otro moderno). Esta visita a las cárceles no entra dentro del concepto general de "visita-inspección", sino que van dirigidos al control del cumplimiento de las penas, ya que después de examinar el comportamiento de los reos deciden "si se sueltan o mandan seguir". La decisión que toman estos dos oidores conlleva inmediata ejecución.

Como ya se ha dicho, al hablar del Presidente, será el oidor más antiguo el que haga sus funciones en caso de vacante o ausencia prolongada. También sustituye en el supuesto de que falte un Alcalde del Crimen, (ya que para hacer Sala son necesarios tres). Igualmente se sustituyen entre sí los oidores de las distintas salas, y en cada sala preside el oidor más antiguo

Los oidores al ser recibidos en la Chancillería presentarán su título o nombramiento real al escribano y tomarán posesión en el Acuerdo (con las solemnidades que se establecen en las ordenanzas), prestando juramento en la Cámara del Chanciller. En el nombramiento se indican los conocimientos del nombrado y el motivo, si es por ascenso, traslado u otra causa. Tienen obligación de residir en las Chancillerías. Aunque en principio exigido con todo rigor era quebrantado por la propia monarquía que hacía a los oidores

²¹⁸FERNÁNDEZ DE AYALA. Ob. Cit. F.5

sujetos de comisiones y encomiendas de visitas²¹⁹. Les afectan las mismas incompatibilidades de parentesco e interés que al resto de los oficios así como la prohibición de recibir dádivas . Expresamente tienen la obligación de tratar bien a litigantes y abogados .

La ley 20 del Título 5, Libro 2 de la Nueva Recopilación, aglutina diversas disposiciones dadas en distintos años (1500-1503-1518-1554) controlando las interferencias de los oidores en las competencias de los Alcaldes del Crimen.

“a los nuestros Alcaldes del Crimen pertenece el conocimiento de las causas criminales, no es cosa conveniente que presidente y oidores se entremetan en ellos, no teniendo conocimiento más de en las cosas civiles. [...] Mandamos que no se entremetan a conocer ni conozcan de pleitos algunos criminales que a las Audiencias vñieren”.

Supone, en primer lugar la existencia de interferencias de los oidores en las competencias de los Alcaldes del Crimen; y en segundo lugar la voluntad real de que cesasen las injerencias y la competencia de los oidores se limitase a las cuestiones civiles.

También tienen limitada la intervención en cuestiones de gobierno de Corregidores y otras justicias cuando lleguen a la Chancillería por apelación o nulidad, siendo preceptivo recabar un informe previo a los Corregidores o justicias que dictan la resolución y que recusen sin que puedan decidir de plano .

Fernández de Ayala, en sus "Formularios" enumera los casos en que conocen

²¹⁹ GAN GIMENEZ, “La Real Chancillería de Granada (1505-1834). Pág 103

Presidente y Oidores de forma muy completa, y sobre todo realizada con una cierta sistemática, dato que facilita la labor de analizar las competencias por estar dispersas en legislación y ordenanzas.

Casos en que conocen Presidente y oidores.

1 - Pleitos civiles o incidentes de los criminales en los que las Justicias ordinarias de los distritos de la Chancillería han dado sentencia definitiva y las partes han interpuesto apelación y se han presentado en la Chancillería.

2 - Apelaciones de los autos interlocutorios de las mismas Justicias. Pueden ser:

- recusando atenerse en lo principal.
- confirmar los autos que devuelven a las Justicias para que continuen en primera instancia hasta sentencia definitiva.

3 - Nuevas demandas en caso de Corte Notorio

4 - Negocios sobre Estados de Duques, Condes, Marqueses y otros mayorazgos, después de verse en tenuta en el Consejo y haberse remitido a la Chancillería en propiedad. Para ello se ha de interponer una demanda.

5 - Ejecución de las resoluciones de la justicia eclesiástica, sobre eclesiásticos y seglares.

6 - Causas para obtener bulas, dignidades, beneficios y rentas eclesiásticas.

7 - Para dictarse auto o sentencia en una sala ha de haber uniformidad en tres votos (solo dos en los negocios de menor cuantía).

8 - Despachan carta ejecutoria, en las sentencias que a su vez confirman sentencias de un Juez Adelantado, que a su vez resolvía la apelación de un pleito en primera instancia

visto por una Justicia ordinaria, una vez que queda "acabado y fenecido".

9 - En los juicios de Mayor Cuantía, cuando no hay conformidad entre los tres jueces se dicta auto de Remisión en Discordia y se pasa para que lo vean los jueces de la sala que le sigue.²²⁰ Se ocupaban también los oidores de hacer "visitas" o inspecciones a otros tribunales y de actuar como jueces en comisión.²²¹

2.4.3.2. Los Alcaldes del crimen. Son jueces penales, con competencia civil dentro de las cinco leguas del distrito de la Chancillería, y supone un grado alto en la carrera de la magistratura. conocen en primera instancia de casos criminales y de corte y en cuanto a la competencia civil también para primera instancia, es alternativa con las justicias ordinarias.

En segunda instancia los alcaldes del crimen conocen las apelaciones en procesos criminales de todo el distrito de la Audiencia y en pleitos civiles del lugar de residencia y cinco leguas en torno (ordenanzas de Medina 1489). De las sentencias criminales en apelación o primera instancia, sólo cabe suplicación ante ellos mismos, por lo que son jueces supremos en materia penal.

Su origen está en los primitivos "alcaldes" del tribunal de Corte, que con el tiempo evolucionan hacia Alcaldes de Casa y Corte y Alcaldes del Crimen, estos últimos integrados en las Chancillerías y las Audiencias y los primeros convertidos en Alcaldes "del Rastro" y de Casa y Corte, estando muy clara la exclusividad de la competencia criminal.

²²⁰ FERNANDEZ DE AYALA. Ob. Cit, ff. 7 y ss.

²²¹ FAYARD, J. "Los miembros del Consejo de Castilla (1621-1746)". Pág. 74

Los tres Alcaldes del Crimen de la Chancillería de Valladolid, han de cumplir los requisitos que las ordenanzas establecen en cuanto a juramento y horario.

Competencia criminal.²²²

- Conocen de todos los pleitos criminales que se presenten ante ellos y que les correspondan.

- Casos de Corte.

- Apelaciones y Suplicaciones.

- Siempre han de sentenciar y determinar los tres Alcaldes conjuntamente.

- Las sentencias que impliquen pena de muerte o corporal, han de estar conformes los tres votos y en los restantes basta con dos.

Competencia civil²²³.

Acuden los alcaldes a un juzgado civil que se denomina de provincia, dividido en tres salas y en cada sala un alcalde y dos escribanos de provincia. Este tribunal actúa como tribunal ordinario para asuntos en primera instancia civiles de Valladolid y su jurisdicción en cinco leguas, despachando los mandamientos necesarios, tanto en asuntos ordinarios como ejecutivos. Además, despachan asuntos de fuera de su jurisdicción siempre que exista sumisión.

En segunda instancia, conocen en apelación de las sentencias de Corregidor Teniente, y demás justicias.

De sus autos y sentencias se apela a la Chancillería donde se confirman y revocan.

²²² N.R. 1.1, T.7, L.2

²²³ FERNANDEZ DE AYALA, Ibidem

2.4.3.3. El Juez Mayor de Vizcaya

El Juez Mayor de Vizcaya, con carácter unipersonal, tiene jurisdicción privativa sobre todos los vizcaínos originarios.

Juez de origen territorial fija su residencia en Chancillería en el S. XIV. El nombramiento era real, y recaía sobre personas formadas en Derecho; con él recibe la jurisdicción necesaria para entender en los pleitos civiles y criminales, defender las prerrogativas y libertades del Señorío.²²⁴

Su regulación legal está integrada dentro del mismo título de la Nueva Recopilación que regula a los oidores, siendo la más antigua que recoge los capítulos 29 y 30 de las Ordenanzas de Medina, en los que se establece que Presidente y Oidores señalarán al Juez de Vizcaya el lugar en el que han de hacer Audiencia, señalándose una sala de oidores para ver la suplicación de las sentencias²²⁵

El Juez de Vizcaya estará asistido por uno o dos relatores y por uno o dos escribanos. Su competencia, se extiende a todo tipo de asuntos ya sean civiles o criminales. Siguiendo a **Fernández de Ayala**, los pleitos ante este juez se sutanciarán con la forma y el orden establecido para la jurisdicción castellana. Conoce en apelación de las sentencias definitivas del Corregidor del Señorío, y demás justicias, así como de las apelaciones de los autos interlocutorios. Tenía categoría de oidor y puesto jerárquico en las ceremonias dentro y fuera de la Chancillería²²⁶

²²⁴ MONTANOS, "El Juez Mayor de Vizcaya". Pág 646

²²⁵ N.R. 1.68, T.5, L.2

²²⁶ MONTANOS, "El Juez Mayor de Vizcaya". Pág 648

En el caso de que un vizcaíno se vea implicado en un pleito en el que conoce un juez de fuera de Vizcaya, debe alegarlo y solicitar del Juez Mayor de Vizcaya que conozca por declinatoria de competencia, pudiendo pedir la inhibición o declinación de jurisdicción de todo juez que pretenda entender de sus asuntos²²⁷

2.4.3.4. Los Alcaldes de Hijosdalgo

Integran la Sala del mismo nombre, con competencia para conocer de aquellos asuntos en los que se disputa la hidalguía de sangre.

Están sujetos a los mismos requisitos e incompatibilidades que los Jueces ²²⁸y el contenido de su función jurisdiccional (regulado por una pragmática de 1492, en Córdoba)²²⁹ estaba fundamentalmente dirigido a la realización de las probanzas.

Los testigos en los pleitos de hidalguía se han de traer a la Chancillería para ser examinados. En el supuesto de que no puedan acudir tienen que justificar el impedimento, y en ese caso serán examinados por el juez de realengo más cercano, ante un receptor de la Chancillería, nombrado por el acuerdo para esos fines. En el caso de que los testigos acudan a la Chancillería serán examinados por los Jueces de la Sala, previo juramento y ante escribano.

La condición de hidalguía, no podía ser reconocida por ningún Consejo o junta, sin haber acudido previamente a esta Sala de las Chancillerías. Una vez admitida la pretensión y reconocida la hidalguía, la Sala debe despachar Carta ejecutoria, para los

²²⁷ Ibidem

²²⁸ N.R. T.11, L.2

²²⁹ N.R. 1.8 , T .11, L.2

Consejos y justicias y que así lo reconozcan. Los cuatro supuestos para adquirir la propiedad de hidalguía que se decidían en la Chancillería eran:

- por descendencia de familia ilustre.
- por descendencia de casa y solar conocido.
- por posesión general.
- por posesión local.

Los pleitos de hidalguía eran en su actividad fundamentalmente probatorios, en los que las informaciones testificales eran fundamentales.

Conocían también la Sala de hijosdalgos de los negocios de alcabalas que surgían en el distrito de la Chancillería. Antes de ser competentes los Alcaldes de hijosdalgos para conocer de estos negocios, eran competentes los "notarios de los reinos"²³⁰. Son pleitos que interponen los particulares que se consideran agraviados por la actividad de las personas que intervienen en la recaudación.

Las sentencias y autos dictados por los Alcaldes de la Sala de Hijosdalgos, cuando se apelan, se reparten a la Sala donde se han de ver, y los negocios criminales derivados de hidalguía o de alcabalas se ven en la Sala de Hijosdalgos.

2.4.3.6. Personal subalterno y colaboradores en la Chancillería.

Para que el Presidente, Oidores, Alcalde del Crimen y de Hijosdalgos y Juez de Vizcaya pudiesen realizar sus funciones, necesitaban de un número de personas que servían sus oficios en la Chancillería, unos más necesarios que otros, pero con cuya actividad se movía, despacio y no de forma muy satisfactoria para los interesados, el

²³⁰ FERNÁNDEZ DE AYALA. Ob. Cit. F.23

aparato judicial.

En la Chancillería había un alguacil mayor, un Chanciller, diecinueve escribanos, diecisiete relatores, tres procuradores, veinte agentes, cincuenta y siete receptores y doce porteros.²³¹ Además, en los formularios confeccionados por **Fernández de Ayala** y en las propias Ordenanzas de la Chancillería, aparecen: Fiscales y sus agentes, abogados, repartidor y tasador, pagador, registrador, Secretario del Acuerdo, contadores y archiveros.

El contenido de estos oficios era muy variado y sus funciones estaban diferenciadas con bastante precisión. Al estudiar el Consejo de Castilla, se estudiaron estos mismos oficios que eran servidos en el Consejo. Como su definición y contenido es perfectamente aplicable al plano de la Chancillería, se van a ver solamente los oficios servidos en este órgano y que no se estudiaron para el Consejo de Castilla: el Chanciller, el Secretario del Acuerdo y el Alguacil Mayor, no viéndose los de Archivero, Pagador, Contador y Alguaciles por que suponen una labor de contenido muy reducido.

El Chanciller. El cargo es de origen francés, creado en Castilla por Alfonso VII, "era el Secretario del Emperador a cuya guarda estaba el sello del monarca"²³² y en las Partidas se habla del Chanciller como "el segundo oficial de la Casa del Rey que tiene la custodia de los sellos"²³³. Desde ahí hasta mediados del S.XIV Chanciller era el encargado de los sellos, que sellaba todos los documentos del Rey, fuesen judiciales o no; es entonces cuando "Chancillería" es un anexo del Tribunal de Corte (además de otras

²³¹ MOLAS RIBALTA. Ob. Cit. pp. 43 y ss

²³² MENDIZABAL, Ob. Cit. Pág 29

²³³ N.R. 11.6.7.8.9., T.20, L.3

funciones). Desde que se crea la Audiencia: como tribunal distinto del de Corte, la Chancillería interviene en la documentación que de ella se emite, quedando vinculada a esta "Audiencia" más que a la Corte a la que no podía seguir en sus desplazamientos, confundiéndose la denominación Audiencia-Chancillería.

Con la reforma de los Reyes Católicos los oficios quedan separados con lo que el "Chanciller de Justicia" es el encargado de guardar los sellos en las Chancillerías de Valladolid y Granada.

Este Chanciller "tendrá una buena Cámara" donde pondrá el sello y allí se sellará.²³⁴ Oficio enajenado, es la máxima autoridad encargada de los diplomas, sellos de placa y cera colada, sello de plomo, y de cera en caja de madera.²³⁵ El hecho de sellar los documentos emitidos por la Chancillería no era en absoluto una labor mecánica, ya que controlaba la elaboración y estado del documento, el que estuviese registrado, y que el documento lleve puesto los derechos en la espalda .

Según **Fernández de Ayala**, y las Ordenanzas de la Chancillería, el Chanciller asiste todas las horas de Audiencia en una sala con el Sello Real a donde acuden los interesados, fundamentalmente procuradores para sellar provisiones y Cartas.

El Secretario del Acuerdo. El Secretario del Acuerdo es un escribano elegido por Presidente y oidores para realizar esta función: Tiene en su poder y custodia los libros de los asuntos que se despachan en el Acuerdo; asiste a los recibimientos de Presidente, oidores y alcaldes y demás oficios, dándose traslado de sus títulos.

²³⁴ N.R. I.5, T.15, L.2

²³⁵ GAN GIMENEZ, "La Real Chancillería de Granada (1505-1834). Pág. 114

El Secretario del Acuerdo guarda en su poder la fianza que abonan los escribanos, relatores y procuradores para asegurar las posibles responsabilidades derivadas del ejercicio de sus funciones, y que supone la tercera parte del valor de sus oficios.

El ser elegido Secretario del Acuerdo implica prerrogativas y honores, como tomar juramento a ministros y oficiales y asistir al Presidente en todos los actos públicos.

Al ser el encargado de recoger las peticiones que se presentan en el acuerdo, "reconociendo si van en forma", realiza un examen previo, y "al juntar y colocar las que tocan a cada parte", una clasificación y adjudicación. Después del Acuerdo reparte a los escribanos de Cámara (que son los que asisten a los oidores en las salas civiles) las peticiones y despachos que le correspondan.

El Alguacil Mayor. Lo mismo que en el caso del Chanciller, en un principio el cargo de Alguacil sería anejo a la Corte, por lo que atendía a diversidad de asuntos. Con los Reyes Católicos se separa el Alguacil de Chancillería del Alguacil de Corte.²³⁶

Su función consiste en asistir a diario a la Audiencia para estar dispuesto a las órdenes y disposiciones de todas las Salas, aunque su función específica era la de ejecutar los mandatos de los Oidores y los Alcaldes.²³⁷ Se sienta en el Acuerdo y Salas en último lugar, sale de ronda con los ministros y los que tienen más importancia: en caso de encontrarse con alguna situación que merezca ser investigada, puede hacer averiguaciones y remitirlas a la Sala del Crimen. Acompaña también a los jueces en las visitas de cárceles.

²³⁶ MENDIZABAL, Ob. Cit. Pág. 31

²³⁷ GAN GIMENEZ, "La Real Chancillería de Granada (1505-1834)", pág.113.

La misión genérica de los Alguaciles es la de ejecutar los mandatos de los Oidores y Alcaldes cobrando un 10% de entregas y ejecuciones. El Alguacil Mayor, en concreto, es un personaje importante en la vida de la Chancillería.²³⁸

2.4.4. JURISDICCIÓN DE LA CHANCILLERÍA DE VALLADOLID.

Queda fijada en las Ordenanzas dadas en Segovia por los Reyes Católicos en las que se delimita la demarcación que corresponde a ambas Chancillerías: en primer lugar se fijan los lugares que comprende la jurisdicción de la Chancillería de Ciudad Real, y por exclusión de éstos, el resto de los territorios están sujetos a la jurisdicción de la Chancillería de Valladolid²³⁹. **Mendizabal**²⁴⁰ dice que en la práctica no se cumplió en cuanto a considerar el río Tago como línea divisoria.

2.4.4.1. Competencia de la Chancillería Si entendemos por competencia la facultad de un órgano jurisdiccional para conocer de determinados asuntos, se hace muy dificultoso el establecer cuales eran los asuntos en los que exactamente era competente la Chancillería, dado la dispersión de la legislación y la confusión en la práctica.

Ya se ha hablado al ver la composición y división de la Chancillería para que era competente cada miembro o cada Sala. Ahora vamos a intentar por materias cuales eran esas competencias.

Materia civil.

²³⁸ GAN GIMENEZ, “La Real Chancillería de Granada (1505-1834). Pág 113

²³⁹ N.R. 1.2, T.5, L.2

²⁴⁰ Ibidem Pág. 24

- En primera instancia, los Alcaldes del crimen constituidos en juzgados de provincia, todos los pleitos civiles con jurisdicción en Valladolid y cinco leguas.

- En segunda instancia, apelaciones de sentencias definitivas y autos interlocutorios dictadas por las justicias ordinarias del Distrito de la Chancillería.

- De todos los Casos de Corte de carácter civil, aquellos en los que intervienen personas desprotegidas (viuda, pupilo, menor, desvalido), con posibilidad de avocar para sí la Chancillería en cualquier estado que estuviera la causa.

Materia Criminal.

- Conoce en segunda instancia de todas las apelaciones de justicias ordinarias.

- En primera instancia:

- delitos cometidos en la demarcación de la Chancillería

- Casos de Corte criminales.

Sala de Hijosdalgo.

No es tribunal de apelación, sino de primera instancia, y contra sus sentencias cabe revista ante la Sala de Oidores.

Juez Mayor de Vizcaya.

Es un juez de apelación (contra las sentencias dictadas por los Jueces del Señorío y las Encartaciones) y contra sus resoluciones cabe una revista ante la Sala que corresponda.

Fernández de Ayala hace una enumeración de los casos en que los pleitos no pueden venir a la Chancillería:

- los pleitos de hasta 30.000 maravedíes, (de una sola vez, no por derecho perpetuo)

que se resuelvan en ciudades, villas o lugares de realengo del distrito de la Chancillería, cuya apelación irá a los jueces "consistoriales" donde acaba el pleito y se ejecutan las sentencias.

- no conoce en los negocios que se refieran a la Cruzada (conoce el Consejo).
- no conoce de los pleitos "por vía de fuerza, ni en los que plantean los prelados sobre las costumbres en conventos y monasterios.
- no conoce de los casos competencia de los jueces de los reales consejos.
- ni de los asuntos de Consulados.
- tampoco conoce de los pleitos de las órdenes de Santiago, Calatrava, Alcántara y San Juan.²⁴¹

En resumen: la Chancillería era fundamentalmente un tribunal de primera instancia y un tribunal de apelación. Su competencia como tribunal de instancia se limitaba a las causas criminales sobre hechos ocurridos en Valladolid y un radio de cinco leguas y en algunos pleitos civiles que superasen los treinta mil maravedís²⁴². También conocían en primera instancia de los Casos de Corte, tanto civiles como criminales.

Los pleitos civiles y su tramitación.

Ya que el principal objeto de este trabajo es conocer la competencia civil de la jurisdicción real, conviene ver cuales eran esos pleitos civiles que en primera y segunda instancia se fallaban en la Chancillería.

El recurso se falla en Sala de Oidores y suscriben esta primera sentencia que da la

²⁴¹ FERNANDEZ DE AYALA, Ob. Cit. f 8

²⁴² FAYARD, J. "Los miembros del Consejo de Castilla (1621-1746)" Pág 70

Chancillería, llamada de vista, cuatro oidores. De esta sentencia se puede recurrir dentro de la misma Chancillería, recayendo una segunda sentencia llamada de revista, suscrita por tres oidores. Esta sentencia de revista se puede apelar ante el Consejo de Castilla por la suplicación llamada de "Mil y Quinientas" o por el recurso de "injusticia notoria".

Las apelaciones civiles son las más numerosas de los asuntos tramitados en la Chancillería de Valladolid, constituyendo las dos terceras partes de su archivo.²⁴³

En cuanto a su sustanciación, el procurador en nombre del apelante, solicita que se libre carta de emplazamiento contra el demandado; una vez emplazado el apelado se ordena que los autos originales sean traídos a la Chancillería, autos de los que el relator hará relación para los oidores.

Una vez emplazado el apelado y otorgados poderes a procurador para actuar en la Chancillería, comparece en el recurso, y puede abrirse un período probatorio, siendo fundamental las pruebas de testigos. Una vez realizadas todas las pruebas solicitadas por las partes y acordadas por el Tribunal, los autos pasan a la Sala de Oidores que señala la vista y pronuncia la sentencia de "vista"; la sentencia se encabezaba con los nombres de las partes, siguiendo el texto con las firmas y rúbricas de los oidores. A continuación aparece la promulgación.

Contra esta primera sentencia llamada de vista, puede la parte apelar en revista con lo cuál se impide que dicte carta ejecutoria. El trámite y finalización es el mismo que para la vista.

Se dice que un pleito está "fenecido" cuando ha llegado a sentencia, que era el

²⁴³ MENDIZABAL. Ob. Cit. Pág. 39

trámite que finalizaba un proceso. La ejecución no existía por vía judicial directa, haciéndose necesario, que si la sentencia no era ejecutada de forma voluntaria por el condenado, el ejecutante debía pedir “Carta ejecutoria”, para ir a un nuevo pleito de ejecución.

Se verá más adelante, al hablar de la tramitación de los pleitos, que el trámite que se daba a los asuntos en Chancillería llama la atención por sus simplicidad y su falta de formalismo. A las peticiones de las partes, se les daba un simple “Visto”, “a la parte”, o “traslado”; los decretos de los oidores eran escasos, y hasta las sentencias no siempre se escribían y se unían a los autos, resolviéndose el recurso por un “se confirma” rubricado por el escribano. Existen explicaciones para esta situación, si se tiene en cuenta que un recurso de apelación resuelve su trámite procesal con escasas actuaciones (alegaciones de las partes y traslados, y en algunos casos peticiones de vista por demora), mientras que un pleito propiamente dicho, es decir, la primera instancia, supone fases, tiempos, trámites, alegaciones y pruebas. En cualquier caso, puestas en relación ambas formas de trabajar, son los asuntos de primera instancia más complejos y trabajados que los tramitados en Chancillería.

2.5. LOS OFICIOS Y PROFESIONES DE JUSTICIA QUE MAYOR INFLUENCIA TUVIERON EN LOS PLEITOS CIVILES: ESCRIBANOS, LETRADOS Y PROCURADORES.

“Porque de cada juez que sembramos, recogemos seis procuradores, dos relatores,

cuatro escribanos, cinco letrados y cinco mil negociantes, y [...]. De cada escribano, cogemos veinte oficiales, de cada oficial treinta alguaciles, de cada alguacil diez corchetes”.²⁴⁴

Como elementos personales esenciales para que un pleito pueda llegar a su fin, se ha dicho que eran el juez y las partes procesales, demandante y demandado. Es indudable que sin estas tres personas, o grupos de personas, pues se podía litigar en foma de “consorte”, la situación procesal de contienda no podía ser formulada. A las partes les correspondía la “obligación” de plantear el litigio y responderlo, y al juez dirigirlo y fallarlo. Pero un pleito era un mundo complicado, en el que, además de manifestarse los sentimientos y las razones humanas, se resolvían cuestiones que iban más allá de los planteamientos y decisiones. El proceso civil castellano es prestatario, desgraciadamente, de los postulados procesales del Derecho Conónico de forma muy determinante. Comenzando por el profundo condicionante del sistema que fue la exigencia de la escritura, hasta las complicaciones de los trámites y los formalismos, todos ellos dieron a la configuración de los pleitos una imagen de burocratización y pesadez difícil de olvidar. Por otro lado, la “carga de profundidad” que en el sistema y el pensamiento jurídico castellano fue el Derecho Común, hizo del medio procesal el idóneo para que los sabedores del derecho dirigiesen hacia él su actividad y sus expectativas. En general, se resolvían los procesos en un quehacer abigarrado de actividad, manifestaciones jurídicas, y sobre todo documentos. Las actas procesales son la imagen estereotipada de lo que eran realmente los pleitos: volumen innecesario, reiteración y lentitud.

²⁴⁴ FRANCISCO DE QUEVEDO Y VILLEGAS, “El alguacil alguacilado”, en ALAMILLO SANZ, “La Administración de justicia en los clásicos españoles”, pág. 57.

Este resultado no podía ser sólo imputado a las partes en el proceso y al juez de la causa; había otros factores personales que formaban parte del sistema en sí, para que las consecuencias fuesen las que conocemos. **Los escribanos**, documentadores y “trajinadores” de los autos y de las circunvalaciones de las partes. **Los procuradores**, “al otro lado del mostrador” de los escribanos, pedían, pedían y pedían, y eran los destinatarios directos de las decisiones judiciales, pues era a ellos a los que se les habían de notificar. Entre escribanos y procuradores, existía un cierto “tráfico” procesal: el que pedía, pagaba, y el que hacía obtenía más beneficios a mayor volumen de actividad. Algo se movía en todo este ir y venir. Y mientras tanto, a **los letrados** se les ocurría cual podía ser el mejor argumento jurídico para llegar a conseguir que su pretensión fuese admitida por el juez y así obtener una sentencia que beneficiase a su representado.

Bien, esta es una visión irónica de la realidad, aunque también esta realidad tenía otro aspecto. El de los fieles y ocupados escribanos, intentando cumplir siempre con sus deberes, dando fe de lo que se hacía en los actos procesales, y orientando el proceso por sus cauces. Al mismo tiempo, los procuradores se ocupaban diligentemente de dar curso a las peticiones que mejor convenían a su representados, y estar pendientes de las notificaciones y decisiones del órgano judicial. Y los letrados estudiaban el asunto que se les presentaba, buscando, según el derecho, leyes y doctrina, cual es el camino a seguir más beneficioso para la persona a la que dan asistencia jurídica.

Las dos descripciones pueden ser ciertas, y de hecho lo eran. Al margen de la cuestión de las actitudes individuales y de grupo profesional, se daba, como en todas las actividades humanas más de una vertiente. Ambas han de ser tenidas en consideración.

2.5.1. LOS ESCRIBANOS PÚBLICOS.²⁴⁵

“Escribano es instrumento del buen gobierno y quietud de la república, porque mediante la autoridad de los escribanos se averiguan las diferencias, y se conserva la probanza de las posturas entre los hombres.”²⁴⁶ La imagen del escribano público, desde el mismo medio en el que se desenvuelve su trabajo, es la de una persona que emplea su tiempo y trabajo en colaborar con la justicia y su recta administración, pues están obligados a ello para conseguir *el buen gobierno y quietud de la república*.

2.5.1.1. Concepto y evolución legislativa.

El concepto de escribano público se dá a partir de su propia actividad, son *las personas que con su presencia, su firma y su signo, autorizan los contratos de los particulares y las diligencias judiciales, dando la fe pública que se les ha atribuido*.²⁴⁷ El término escribano engloba a otros utilizados simultáneamente, tales como notarios, actuarios y secretarios,²⁴⁸ aunque debió ser el de escribano el que con mayor amplitud fue usado. En cualquiera caso, aunque la idea y la definición son generales, si se puede diferenciar distintos tipos de escribanos:

* Los que intervienen en la formación de las leyes que sirve al gobierno del

²⁴⁵ Las disposiciones que regulan el status y oficio de escribano están dispersas en ambas recopilaciones, aunque son minuciosas y muy completas. Es imprescindible tener en cuenta la Instrucción de Escribanos Numerarios y Reales de 1750.

²⁴⁶ GONZALEZ DE TORNEO, “Práctica de Escribanos, que contiene la judicial [...]”, fol 1.

²⁴⁷ MARTINEZ GIJON, “Estudios sobre el oficio de Escribano en Castilla durante la Edad Moderna”, pág 278.

²⁴⁸ ESCOLANO DE ARRIETA, “Práctica del Consejo”, pág. 233.

estado.²⁴⁹ Se corresponde este tipo de escribano con el que siempre actuó cerca del Monarca y su Consejo, autorizando las cartas y documentos reales. Se le llama con más frecuencia notarios o secretarios.

* Los de los juzgados y tribunales que asisten a los jueces en la elaboración de las actas y otras tareas, y serían más propiamente actuarios.

* los que autorizan los contratos y actos de los particulares.

* los que actúan en los Concejos y Ayuntamientos, dando fe de los actos de gobierno..

Por supuesto que los que aquí nos interesan son los escribanos que sirven a los jueces y tribunales, pero que tampoco, en la Edad Moderna, están definitivamente diferenciados. Para el caso de las Audiencias y Chancillerías y para el mismo Consejo, la adscripción de sus escribanos, llamados de cámara, era en exclusiva, ya que estos oficiales públicos no compartían en su escribanía más tareas que las propias de estos altos tribunales. El problema se encontraba en los escribanos de los pueblos y ciudades, en los que se producía una confusión entre la función de escribano judicial, el escribano del concejo y los escribanos privados, pues las tres les estaban encomendadas, hasta el punto de que el escribano de un pleito, unía a las actuaciones escrituras que había otorgado como escribano privado, cuestión que se daba con mucha frecuencia en los poderes y testimonios de documentos. En estos casos la confusión era un hecho, y mientras que en los lugares en los que existían dos escribanos de número, solían distribuirse las funciones, de forma que no fuesen coincidentes con la judicial, en otros casos se fundían en un mismo oficio

²⁴⁹ Ibidem.

las funciones judiciales y las privadas.

El oficio de escribano estuvo sujeto a regulación muy completa desde **Las Partidas**. Se vio en la posibilidad de disfunciones dentro de esta profesión una fuente de conflictos y de perjuicios para la buena marcha de la vida social y jurídica,

“Siendo el oficio de Escribano uno de los instrumentos que, al paso de ser indispensables para el jercicio de la justicia, ninguno otro es capaz de invertirla, alterarla y confundirla con daños irreparables tanto como él, depositado en personas de incuria, y sin edad competente y madura”.²⁵⁰

Pero dentro de la legislación Alfonsina, fue en el **Fuero Real** el cuerpo legal en el que se recogió uno de los pasos esenciales para el control de los escribanos, lo que al mismo tiempo se podía considerar como una garantía para el ejercicio de su función. Hasta entonces, había existido una forma autónoma municipal de nombrar escribanos, pero es desde este momento, que el rey, o quien en el delegue, tendrán la facultad en exclusiva de nombrar los escribanos, que al mismo tiempo eran de número fijo en las ciudades. Con este sistema, de marcada línea centralizadora y controladora, se permitía que el rey delegase su facultad de nombrar escribanos públicos, pero dados los abusos que se estaban cometiendo, el nombramiento quedó sujeto a la aprobación regia sin la que no tendría valor. Ya en la Edad Moderna, la completa legislación de los Reyes Católicos sobre los oficios publicos, continuó con la línea marcada: centralización del examen, aprobación de los escribanos publicos por el Consejo y control del número, para evitar abusivas pretensiones. En el siglo XVI, si bien se mantuvo la distinción entre nombramiento y

²⁵⁰ N.R. auto 23.25.4
No.R. 10.15.7.

aprobación, aunque por medio de la delegación, el nombramiento podía hacerlo persona distinta del rey, mientras que la aprobación permanecía en exclusiva como una facultad real.²⁵¹ Aunque en el siglo XVIII, se entendía que la facultad de *crear* escribanos era exclusiva del monarca: *la creación de escribanos, especialmente para el efecto de conferirles la fe pública, es una suprema regalía que nunca se entiende trasferida a los particulares, los cuales sólo pueden tener el derecho de nombrar.*²⁵²

A los Reyes Católicos cabe también atribuirles una legislación precisa sobre el control de los protocolos y registros de los escribanos²⁵³

2.5.1.2. La fe pública. Esencia de la función notarial, pues con ella se puede decir que el escribano es *el depositario de la verdad contenida en los documentos que de él emanan y que el refrenda. Llamados instrumentos públicos en cuanto hacen fe en juicio.*²⁵⁴ Esta facultad fundamental de la función de un escribano, garantizar con “su fe” el contenido documental, se ejercía mediante las fórmulas que utilizaban para suscribir y autorizar las escrituras y documentos en los que intervenían.

Pero en el sistema del Antiguo Régimen , no eran los escribanos privados y los judiciales los únicos que detentaban esta fundamental función social y jurídica. La fe pública, como facultad conferida por nombramiento real y con efectos autenticadores , también era una facultad de:

²⁵¹ MARTINEZ GIJÓN, Ob. Cit. Pág. 272.

²⁵² ESCOLANO DE ARRIETA, Ob. Cit. Pág. 234.

²⁵³ VER INFRA CAPÍTULO IX

²⁵⁴ MARTINEZ GIJÓN, Ob. Cit. Pág. 299.

1.- Los Secretarios, a veces de Chancillería, que participaban en la emisión y remisión al Consejo, así como de su recogida, de la documentación emitida directamente por el monarca. Los documentos que autentificaban estos oficiales eran Cartas reales, emitidas por el rey o acordadas por el Consejo.

2º.-Los receptores, oficiales reales que integrados en los tribunales, cuyas funciones, por definición, se llevaban a cabo fuera del marco estricto de las mismas; aunque su origen estuvo en los Adelantamientos en los que era la figura misma del escribano, haciendo pruebas y autorizanso las actas del Adelantado, la fijación en la Chancillería y Audiencias y en el Consejo estuvo clara y definida en el siglo XVII. En esta medida en que actuaban como escribanos, asisten a la sustanciación de los juicios, escriben la declaraciones de testigos, reciben peticiones, dando cuenta de ellas, extienden los autos y expiden despachos etc.²⁵⁵ Como un elemento igualador con los escribanos, el mismo autor menciona la sustitución de los escribanos por los receptores y viceversa. En el caso de ausencia de receptor, esta debía ser cubierta por “escribano hábil y suficiente”.²⁵⁶ Con motivo de la reducción de los cien receptores que había en la Corte a sólo cincuenta, al comienzo del reinado de Carlos III, se permitía, que el Consejo pudiese nombrar escribano que fuese de su satisfacción en el caso de que faltase receptor.²⁵⁷

La cualificación de los receptores frente a cualquier escribano, consiste en que ejercen sus funciones, en virtud de comisión, fuera del lugar de residencia del tribunal al

²⁵⁵ MARTINEZ GIJÓN, Ob. Cit pág. 289.

²⁵⁶ N.R. 18.22.2.

²⁵⁷ No.R. 1.22.4.

que están adscritos. Su cometido más importante era el de hacer las pruebas de los testigos que vivían en lugar distinto en el que se seguía la causa y que tienen un impedimento físico para desplazarse. Aunque también es frecuente, que a petición de las partes, se pide que se comisione a un receptor para hacer las pruebas aunque no exista este impedimento. En estos casos la parte contraria a la solicitante puede nombrar a un *escribano acompañado* para que esté presente en las pruebas²⁵⁸

El excesivo número de receptores que llegó a haber en el Consejo y Audiencias en el siglo XVIII (ver disposición mencionada al respecto), nos da una idea de como se hipertrofió esta función, que surgió como una necesidad para cubrir las distancias existentes entre órganos y administrados, y que por su uso abusivo llegó a ser una fuente de gastos para los particulares que tenían que acudir a la justicia, pues a estos oficiales, no sólo se les debían pagar sus derechos según arancel, sino que había que cubrirles los gastos de traslado.

3.- Los receptores de penas de cámara Este tipo de oficiales, también equiparados con los escribanos, pues daban fe de sus actuaciones, eran una especie de perceptores de multas o penas que se pudiesen imponer y cuyo cobro iba dirigido al tribunal del que eran numerarios.

4.- Los Corredores mercantiles, que autorizaban pólizas de seguros, contratos y préstamos. Estos documentos tenían la misma fuerza que los autorizados por escribano público.

5.- El Fiel de fechos Figura atípica de escribano, actuaba siempre en defecto de

²⁵⁸ VER INFRA 8.4

escribano del Concejo o del número; era persona instruída, por lo menos sabiendo leer y escribir, y hacía funciones de sustitución del escribano. Se recurría a estos “fieles” en los lugares pequeños con más frecuencia que en las ciudades. Podían autorizar determinadas actas judiciales o municipales, pero nunca podrían pasar ante ellos escrituras privadas. En unos autos de inventario y concurso de acreedores seguidos en Segovia en 1762, se emite un despacho para el lugar de Miguel Ibáñez con el fin de que sea notificado un auto de requerimiento de pago; para ello, a falta de escribano, el auto lo *notifique quien sepa*. Hace la notificación, *Miguel Roldán, Fiel de fechos*.²⁵⁹

El único matiz que se debe tener en cuenta en este punto es el de las **dobles funciones de los escribanos**, y del que se ha hablado más arriba. La fe pública reservada en exclusiva a los escribanos reales,²⁶⁰ se ejercía en distintos ámbitos de la administración. Un escribano de un pueblo hacía las funciones en la administración municipal, autorizando las actas en cuestiones de pósitos y rentas, al mismo tiempo que autorizaba los contratos privados y confeccionaba las actas judiciales. Lo que actualmente se puede valorar como una “esquizofrenia burocrática”, para el momento histórico en el que nos encontramos no suponía ninguna disfunción, al contrario, se podían compaginar las tres actividades sin que la diversificación causase problemas.

Dentro de su actividad para la administración de justicia, eran competentes para

²⁵⁹ A.H.P.S. J-1235/5

²⁶⁰ “que ningún escribano pueda dar fee, si no fuere Real, o aprobado en el Consejo, sin embargo de cualquier costumbre” “ordenamos y mandamos que en estos nuestros reinos y señoríos, ningún escribano pueda dar fee de ningún contrato, ni testamento, ni de otro auto alguno judicial, ni extrajudicial., sino fuere escribano Real” N.R. 2.25.4. Y No.R.8.23.10.

actuar ante Corregidores y jueces. Los escribanos de determinadas ciudades, podían sustituir a los de número de los tribunales, concretamente a los de Provincia de los Juzgados de los Alcaldes de Corte y Chancillería en asuntos civiles, con lo que por vía de sustitución se estaba admitiendo su vinculación directa con los órganos de justicia. Estos escribanos podían ser *comisionados* para hacer algunas pruebas, fundamentalmente testificales, de pleitos seguidos fuera de su demarcación y para los que no se acordaba enviar a un receptor. Intervénían en las ejecuciones acordadas por los Alcaldes mayores y Corregidores, sirviendo de actuarios de lo que se en ellas se hiciese. Por último tenía obligación de conservar la documentación tanto judicial como privada en su mismo oficio.

2.5.1.3. Elección, aprendizaje y examen de un escribano.

El hecho de la imprescindibilidad el nombramiento de los escribanos por el rey o por quien el delegase, era indiscutido e indiscutible en el siglo XVIII. Otra cuestión es cómo acceder a este nombramiento. Para ello había de ser elegido el aspirante como tal escribano, y esta elección estaba sujeta a unos requisitos y a unos supuestos, pues si los escribanos han de resultar oficiales reales que han de cumplir con unas funciones específicas, se les debe valorar como capacitados para llevar a cabo estas funciones. Por eso, siempre se consideró que para escribanos han de ser nombradas personas *hábles, idoneas, que tengan experiencia de negocios, entendidas y suficientes*.

“Muchas son las leyes, pragmáticas y autos acordados que se han promulgado en todos tiempos, sí para contener el excesivo número de escribanos, como para dar la regla y forma de asegurar la habilidad, fidelidad y demás *circunstancias, que deben concurrir en los que se creasen o nombrasen para ejercer estos oficios, y también para que las personas que sean nombradas para escribanos públicos,*

numerarios, locales o de juzgados, por los dueños particulares de los oficios, acudan al Consejo a obtener la aprobación de su nombramiento, y pago de la media annata, sin cuyas circunstancias no pueden ejercerlos, porque la creación de escribanos, especialmente para el efecto de conferirles la fee pública, es una suprema regalía que nunca se entiende trasferida en los particulares, los cuales sólo pueden tener el derecho de nombrar.”²⁶¹

De este texto se desprende la ineludible exigencia del examen al escribano, y el hecho de que no vaya unido al nombramiento, pues el nombramiento se podría hacer por personas o ciudades con facultad para ello, desde luego como una delegación de la potestad real, o incluso por “los dueños particulares del oficio”, es decir, mediante venta del mismo.

Previo al examen, el aspirante debía acreditar estar cualificado para ejercer el oficio de escribano, mediante la práctica continuada de dos años en oficinas de escribanos de cámara o numerarios, o con abogados, relatores o procuradores. Par ello debería presentar un testimonio del escribano con el que hubiese servido, con expresión del tiempo, la forma con la que ha practicado y la capacitación obtenida.²⁶²

En la práctica el aprendizaje resultaba más complicado y largo, pues siempre estaba por encima de los dos años exigidos por la ley. El aprender era también en sí un oficio que tenía sus escalas; se empezaba como escribiente, se pasaba a oficial y a procurador del número, y hasta obtener el título de escribano, el aspirante podía ejercer otros oficios de justicia. Consecuencia de este sistema de aprendizaje en los escribanos fue el

²⁶¹ ESCOLANO DE ARRIETA, Ob. Cit. Pág. 234.

²⁶² N.R. aut. 3. 25.4. NoR. 6.15.7.
NoR. 7.15.7.

establecimiento de relaciones gremiales, hasta ahora no bien conocidas, la endogamia profesional, con lazos de parentesco entre aprendices y notarios. En algunos casos, para poder acceder al aprendizaje se exigían conocimientos de latín en centros de enseñanza secundaria.²⁶³ En cuanto a la educación, formación y cultura, los aspirantes a escribanos no eran universitarios, y el aprendizaje de las leyes del reino lo hacían en el oficio de otro escribano; formaban parte de las élites culturales locales, y una vez obtenido el título, no eran muy dados a la lectura.²⁶⁴

En cuanto al examen en sí mismo, no es muy conocido su contenido. Se sabe que el aspirante tenía que costearse los gastos del mismo y el traslado a la corte, para lo que se precisaba un cierto capital, pues además, una vez obtenido el nombramiento debía pagar en el Consejo la media annata, y dar sus fianzas cuando jurasen el cargo. Desde luego que la comprobación de las habilidades iban más allá de las cualidades de un buen escribiente sin más, pues se exigía conocimientos de las leyes reales, ya que era imprescindible, tanto para los actos privados como los judiciales. La ley sólo dice que los miembros del Consejo que hagan el examen, que no podrán ser menos de tres y que votarán como en los demás negocios, *conocerán su habilidad y suficiencia*.²⁶⁵

Pero la cuestión del examen y la documentación acreditativa del aprendizaje, no debía ser tan formal como parece desde una óptica actual. A veces, en estas cuestiones,

²⁶³ GONZALEZ CRUZ, "Escribanos y notarios en Huelva durante el Antiguo Régimen (1701-1800)"

²⁶⁴ Ibidem.

²⁶⁵ N.R. 47.4.2.
No. R. 9.15.7.

las disposiciones intermedias que no están recopiladas, dan pistas sobre cuales eran las situaciones reales. Así, el real decreto, dirigido al Consejo por el rey en 1747, decía que *habían entendido que*” los perjuicios que se experimentaban en sus Reynos, con motivo del crecido número de escribanos reales y numerarios, que se hallaban en ellos, habían llegado a tal extremo que, depositándose en la fe de los sujetos que ejercen estos empleos las vidas, honras y haciendas de los vasallos, se había advertido que los testimonios solían hacerse venales, y los jueces no pocas veces sospechosos, envileciendo con estos excesos un oficio que por sus circunstancias sólo debería recaer en personas de la más acreditada conducta; y que deseando desterrar estos perniciosos desórdenes, había resuelto que se examinase en el consejo este punto de gobierno con el cuidado y premeditación que pedía su importancia.”²⁶⁶ Es un hecho que se producían abusos, pues ocurría en toda la vida pública del siglo XVIII castellana, pero la monarquía perseguía estos abusos e intentaba avitarlos, aunque no siempre sus intenciones fueron secundadas por los resultados obtenidos. Como en otros muchos aspectos, la legislación reiterativa sobre la misma materia, prohibiendo determinadas conductas era un negativo de los que en la realidad ocurría.

El examen era un requisito reconocido por la ley, y también se exigía al aspirante de escribano que acreditase ser mayor de veinticinco años. La edad y el examen son así, los dos aspectos formales de las exigencias para poder ser escribano. Ambos no pueden

²⁶⁶ ESCOLANO DE ARRIETA, Ob. Cit. Pág. 239. A este decreto de S.M., el Consejo pidió informe a las Chancillerías y Audiencias, que contestaron en el sentido de no estarse produciendo abusos, por lo que el Consejo dictaminó, que las disfunciones se debían a la ignorancia de los escribanos, ignorancia que por otro lado estaba motivada por el difícil conocimiento de las leyes reales, para lo que se acordó firmar una pragmática, que recogiese todo lo que estaba referido al oficio de escribano en las leyes del reino.

ser dispensados por el Consejo, y es dura y tajante la Cédula dada por Felipe V en 1715 sobre esta cuestión; su tono totalmente imperativo, no deja lugar a dudas sobre la prohibición que contiene, pero además, en la exposición de motivos, nos habla de que las disposiciones no han producido los efectos a los que se dirigieron, porque no han tenido observancia puntual.²⁶⁷ Desde luego que la situación a la que se refiere la norma es de poco tiempo anterior, y se corresponde con los años de la guerra de sucesión, pero ahí está la intención del legislador, motivada por situaciones de hecho que resultaban perjudiciales para la cuestión pública

Del título obtenido después del examen y de presentar la documentación en el Consejo, reunidos los requisitos de edad, aprendizaje y conocimientos, el escribano obtenía su título con el que habría de tomar posesión en el Concejo con todas las formalidades de la ley.

2.5.1.4. Obligaciones y prohibiciones de un escribano. El escribano juraba ejercer su empleo respetando las leyes del reino y cumpliendo con el deber de secreto, a parte de otros compromisos más genéricos como la fidelidad al rey. Eran obligaciones generales, que habría que matizar en cuanto a lo que supone el ejercicio del oficio de escribano.

1ª: Obligaciones, **la fidelidad** en lo que se refiere a la confección de los documentos. La obligación era tan amplia como amplias eran las actuaciones en las que podía intervenir un escribano, y se traducían en la realidad por el hecho de recoger con fidelidad las declaraciones y manifestaciones de las partes o de los particulares. Como se

²⁶⁷ No.R. 10.15.7.

verá al estudiar la prueba de testigos y la importante participación que en ella tenían los escribanos, debían llevar a las actas sólo aquello que decía el preguntado, de forma literal y sin aportaciones o modificaciones para abreviar el texto, no debiendo incluir redacciones personales. Es dudoso que en la realidad fuese así. Primero por la multiplicidad de fórmulas de estilo que utilizaban los escribanos, y por la simple lectura de las pruebas de testigos, de las que se desprende igual redacción para las respuestas que han dado distintos testigos. La obligación de ser fiel a lo documentado, se extiende a la expedición de copias de los documentos protocolizados en el oficio de un escribano. Si se tiene en cuenta que en los pleitos se utilizaban con profusión copias y testimonios de originales, es fácil deducir lo trascendente de una labor fiable de los escribanos en este aspecto. Ocurría que los recursos de apelación alguna de las partes podía solicitar que por el escribano de la causa se remitieran los autos originales por desconfiar de que el testimonio fuese fiel.

El deber de secreto, tan general en la burocracia castellana, afectaba igualmente a los escribanos, que deberían guardarlo sobre todo aquello que ante ellos pasase.

2º.-Prohibiciones Como en todos los oficios públicos estaban los escribanos sujetos a una serie de situaciones de incompatibilidad tendentes a proteger su independencia y un oficio honesto. Por ello no podrían ser nunca procuradores o solicitadores de negocios de las partes o favorecerlas en los pleitos que ante ellos pendan.²⁶⁸ Tampoco podrían actuar en causas en las que intervengan parientes, sanguíneos o colaterales hasta el segundo grado.²⁶⁹ Lógicamente les estaba prohibido a los escribanos recibir regalos de ningún tipo

²⁶⁸ N.R. 30.16.2. y No.R. 6.22.5.

²⁶⁹ NR. 7.35.4. No.R. 6.3.11.

o persona.²⁷⁰ Las relaciones con los comerciantes estaban mal vistas por las consecuencias que pudieran tener por participar en la usura. En 1762 la Sala de Alcaldes de Casa y Corte da una sentencia contra Simón Suárez, comerciante, y Bartolomé de León, escribano real por tratos usurarios a los que había ayudado el escribano con un crédito. Se condena al Escribano a 100 ducados de multa, apercibiéndole con cuatro días de presidio para que no intervenga en negocios.²⁷¹ Se impedía también que los escribanos conviviesen en los mismos alojamientos con los miembros de los tribunales o los jueces, para evitar que pudiesen influir en sus decisiones, es decir, se recomendaba un cierto alejamiento personal entre jueces y escribanos. Detrás de esta intención del legislador,²⁷² estarían las prácticas viciadas de consejos de escribanos a los jueces, consejos que por otra parte siempre se recomendaron evitar por lo comprometedores que podrían resultar para un juez.

Expresamente les estaba prohibido a los escribanos admitir depósitos judiciales originados por las causas que ante ellos pendieren, o procedentes de penas de Cámara.²⁷³ En el pleito de inventario que se ha mencionado, el juez de Segovia da un auto en el que dice constarle que se han consignado en el *presente escribano* 2.150 reales y 8 maravedíes, como producto de la venta de bienes de la testamentaria. Dice que *la consignación y el depósito son contrarios a las leyes del reino que prohíben hacer semejantes depósitos en los escribanos ante quien pasan las causas*, con apercibimiento de pena de privación del

²⁷⁰ N.R. 56.5.2. No.R.9.2.4.

²⁷¹ A.H.N. CONS. Libro 1050.

²⁷² N.R. 10.3.7. y NoR. 4.9.7.

²⁷³ N.R. 28.25.4. y No.R. 1.26.11.

oficio. En el mismo día el escribano hace entrega de la cantidad que se deja en manos de un depositario.²⁷⁴

2.5.1.5. El ejercicio del oficio. El comportamiento de los escribanos influía en la administración de justicia y en el bienestar social, de ahí que se dejase en manos de los jueces el cuidar que los escribanos que en su demarcación ejerzan su oficio, sin que susciten y fomenten pleitos y criminalidades como sucede muy frecuentemente, por el ineterés que de ello le resulta en detrimento de la causa pública.²⁷⁵ Se puede decir que existía una cierta **leyenda negra** sobre la forma de actuar los escribanos, pero como todas estas cuestiones sociales, existía su fondo de verdad. Los escribanos cometían irregularidades y falsedades en el ejercicio de sus funciones, y prueba de ello son las reiteradas disposiciones intentando controlar sus abusos y disfunciones. Si se tienen en cuenta el desembolso económico que habían tenido que hacer hasta el momento de obtener su título (años de aprendizaje a su costa, gastos del examen en el Consejo, la media annata, el viaje a la Corte y las fianzas para el ejercicio de su cargo), es lógico que pretendiese obtener un buen rendimiento de su empleo, aunque no podría justificar con ello las torticeras actuaciones que podían llegar a hacer. Si el reparto de negocios en el Consejo estaba sujeto a un turno que controlaba el Tasador General, por el cual cada petición inicial debía ser turnada a uno de los escribanos, se había ido estableciendo la costumbre, por otro lado permitida, de que por la cláusula con comisión al presente escribano u otro en general, se restringían del escribano al que le correspondiese el turno la práctica de

²⁷⁴ A.H.P.S. J-1188/2.

²⁷⁵ No.R. 28.15. 7.

determinadas diligencias que se adjudicaban a otro de los escribanos con el que previamente el procurador había convenido.²⁷⁶

En lo que se refiere al trabajo en sí, se intentaba restringir al escribano la libertad de acción y la toma de decisiones, precisamente para evitar actuaciones que quedasen fuera del control judicial. Así, no se podría emplazar sin que previamente estuviese el emplazamiento acordado por el juez, es decir, admitida la demanda. Por otra parte se les da una cierta autonomía en los asuntos de trámite y en algunas labores de inspección, tales como dar fe de las ausencias a la Audiencia de los jueces, que llevarán aparejado el descuento de sus quitaciones.²⁷⁷ En cuanto al trámite, podían resolver con los llamados *decretos de caxón*, dando curso a las peticiones de mero trámite o sustanciación en las que no se resolvían cuestiones de fondo, tales como dar vista al fiscal o relator, y las de rebeldía y prórrogas de términos.

La tendencia a utilizar formularios, a los que se aferraban los escribanos desde el aprendizaje, con cláusulas estereotipadas y de estilo, hacía difícil evitar que se produjeran disfunciones, pues no siempre estas fórmulas se correspondían con la realidad.

El oficio de escribano era vitalicio con una intención de desvincular a los escribanos de los concejos y mantenerlos en línea con la monarquía y sus estructuras de gobierno. Este carácter está claro para los escribanos de cámara de Audiencias y Chancillerías pues *que tenga su oficio de escribanía por toda su vida*.²⁷⁸ En los casos en

²⁷⁶ BERNI Y CATALÁ, “El abogado instruido”, pág. 24.

²⁷⁷ N.R. 14.2.3. No.R. 29.5.4.

²⁷⁸ N.R. 1.20.2 No.R. 1.24.5.

los que un escribano de número aparece nombrado como escribano del concejo, se hacía compatible el nombramiento con la duración anual de los oficios municipales. El lugar en el que el escribano ejerce su empleo, se denominaba *oficio del escribano*. En la información testifical que se hace en Zamora en 1767 para conocer los antecedentes de propiedad de un corral, objeto de una demanda de obra nueva, un testigo declara sobre un pleito anterior, pero no recuerda *en que oficio se encuentra*²⁷⁹. La referencia, a efectos de localización, en las actuaciones judiciales no era el Alcalde o Corregidor, sino el oficio del escribano de la causa.

La cuestión de la venalidad del oficio de escribano, que ha sido discutida, se admite por **Tomás y Valiente** sin ninguna discusión. Los oficiales de escribanos en Castilla en el siglo XVIII era venales : “En general podemos afirmar que las escribanías eran vendibles en Castilla”.²⁸⁰ Esta venalidad era patente desde el siglo XVI, cuando la Corona enajenó estos oficios a los particulares por motivos económicos, concediendo la facultad a sus propietarios para nombrar a los titulares, mientras que los tenedores o arrendatarios *no pensaban en otra cosa más que en disfrutar de los oficios y sacar de ello la mayor utilidad posible, sin tener en cuenta, ni unos ni otros, la naturaleza y entidad pública del cargo que ostentaban*.²⁸¹ La venalidad venía pues a incrementar los capítulos de inversiones en el empleo que ya hemos mencionado, y que finalmente repercutían en el

²⁷⁹ CHAN. VALL. P.A.2791-2.

²⁸⁰ TOMÁS Y VALIENTE “Gobierno e instituciones en la España del Antiguo Régimen”, pág.158.

²⁸¹ LOPEZ GOMEZ, “Los Escribanos de Cámara (Justicia y Gobierno) del Consejo de Castilla”. Revista Hidalguía, nº212, Enero-Febrero 1989.

afán de poder extraer beneficios con rapidez. Los escribanos percibían sus salarios en forma de derechos arancelarios, regulados y tasados muy minuciosamente, aunque también este tipo de percepción económica fue el cauce para que se hiciesen irregularidades. A mayor número de hojas y de líneas, mayores derechos cobraba el escribano, por ello, en los documentos extensos, o fáciles de extender, como testimonios de autos, provisiones reales y otros, la copia se alarga, la grafía se deforma, y se consigue duplicar el número de hojas y por lo tanto el número de actuaciones por las que se pueden percibir derechos.

Pero pese a estos rasgos poco favorables, a los escribanos, éstos conservaban en los lugares en donde servían su empleo, unos ciertos honores y preeminencias que les hacían formar parte de ciertas oligarquías locales, detentando privilegios tales como el poder paralizar a quien le hiriese o deshonrase, como una protección a la inviolabilidad del oficio de escribano. El status social de los escribanos se asemejaba al de la élite gobernante, pero casi siempre estuvo ajeno a nombramientos de cargos políticos ²⁸²

2.5.2 LOS LETRADOS.

Majestuoso y complicado como un decorado barroco, así aparece desde el comienzo el mundo de los juristas castellanos.²⁸³

²⁸² GONZALEZ CRUZ, Ob. Cit. Pag. 88.

²⁸³ PELORSON, “*Les Letrados* , juristes castillans sous Philippe III.”, pág 485; en francés en el original

Hablar de Letrados es hablar de juristas en Castilla; ambos términos son sinónimos, quizás el más utilizado sea el de Letrado, aunque se le puede atribuir una vertiente más práctica, frente al de jurista que englobaría más ampliamente a los pensadores del derecho. Y hablar de letrados y de juristas es hablar de Abogados. Una de las profesiones más antiguas en el mundo medieval, que fortalecida por el hecho universitario, pasó a la Edad Moderna reforzada e instalada en un medio social muy específico, el mundo de la burguesía y de la baja nobleza, el mundo de los conocimientos teóricos universitarios, el de los pretendientes a cargos jurídico-políticos al favor de la monarquía y sus estructuras, y como no, al mundo procesal. Podemos hablar de letrados y de abogados sin que de esta imprecisión terminológica resulten problemas, pues ambos términos son correctos para el período histórico en el que los analizaremos, es decir, el final del Antiguo Régimen. Únicamente decir, que en la práctica, abogado era más exclusivamente el jurista o letrado que se dedicaba con mayor atención a ejercer profesionalmente ante los tribunales.

Los letrados son por lo tanto hombres del derecho y de leyes, que forman un conjunto con las instituciones que les han formado y en las que ejercen una profesión. No solamente se les puede considerar como personas con estudios universitarios, pues se caracterizan por una ocupación profesional que las hace estar formándose a lo largo de toda su carrera.²⁸⁴ En general estaban revestidos de un cierto prestigio social y profesional ya que *con sus sanos consejos previenen el mal de la turbación, con rectas decisiones apagan el fuego de las ya encendidas discordias.*²⁸⁵

²⁸⁴ Ibidem, Pág. 25.

²⁸⁵ JUAN FRANCISCO DE CASTRO. "Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes", Pág. 88.

Abogado es ome que razona pleito de otro e juicio, o el suyo mismo en demandando o enrespondiendo.²⁸⁶ Esta es la idea que de un abogado o vocero se tenía en la Edad Media, pero con el tiempo, el núcleo de su actividad razonar un pleito se fue diversificando y ampliando, desde luego que siempre conservaron los abogados esta cualidad profesional de intervención procesal, *tomando el patrocinio de causas ajenas, dirigiéndolas a la decisión, que según las leyes deben tener.*²⁸⁷ Pero es indudable que el condicionante de los estudios universitarios en leyes amplió el campo profesional, pues un letrado o abogado, además de actuar ante un tribunal defendiendo los intereses de una persona, puede hacer informes jurídicos, redactar documentos y hacer contratos. El letrado se convierte en una profesión, no venal, sino libre en la que el saber y el conocimiento jurídico son su esencia y su garantía. El abogado era la persona que asesora sobre la conveniencia o no de un litigio, o como encontrar soluciones jurídicas a los problemas, para ello deberá averiguar bien de su cliente cual es la acción que pretende intentar en derecho; y para ello deberá desentrañar las razones que dicen favorecerle, viendo cual es su proceder.²⁸⁸ Deberán en este momento, no tener en cuenta sólo lo que verbalmente se les diga, sino obtener una relación por escrito referente a la acción que se pretenda intentar, para evitar posteriores errores y confusiones, pues no siempre las personas instruyen correctamente al abogado sobre los supuestos de sus pretensiones, por ignorancia o por

²⁸⁶ P.P. 1.6.3.

²⁸⁷ DE CASTRO, Ob. Cit. Pág. 89.

²⁸⁸ BERNI Y CATALÁ, “El abogado Instruido”, Pág. 11 y ss.

malicia.²⁸⁹ Desde ahí, debía el abogado encontrar los argumentos legales para apoyar la pretensión, y calcular los resultados del pleito.

También es obligación del abogado aconsejar a la parte que elija un Procurador que sea de notoria habilidad y confianza *porque hay muchos que sin tener suficiencias, destreza ni habilidad alguna, y lo que es más ,temor de Dios, se meten a procuradores, y cometen mil desaciertos, hechando después la culpa al obogado.*²⁹⁰ La elección de procurador se hacía condicionar por la opinión del letrado, pues era frecuente que las parte se dirigiesen en primer lugar al procurador, por ser personas más asequibles que los letrados, y reciben el consejo de ellos, y eran los procuradores los que aconsejaban a que letrados debían dirigirse para instruirse, aunque también utilizaban sus conocimientos técnicos para evitar el paso por el despacho del letrado, y llevar solos los asuntos. Realmente, el hecho de la asistencia en juicio era un facultad que concernía únicamente a los abogados pues sólo ellos, tienen facultad para patrocinar a los litigantes *exponiendo a las partes sus derechos y defensas. Esta facultad la reciben del rey por medio del Consejo y Chancillería, previo examen y aprobación.*²⁹¹

En cualquier caso, las relaciones entre abogados y procuradores tenían sus matices peculiares, pues en la práctica las de los unos y los otros se superponían. Había abogados ambiciosos que para obtener mayor número de clientes, no esperaban a las consultas de los procuradores, buscándolos por su cuenta y pactando a su vez con algún procurador de

²⁸⁹N.R. 14.16.2. Ordenanzas de Abogados de 1495.

²⁹⁰ BERNI Y CATALÁ, Ob. Cit. Pág. 13.

²⁹¹ GOMEZ NEGRO, "Elementos de práctica forense", Pág.57.

forma ilegal. Por otro lado, los procuradores pretendían suplir al letrado haciendo actuaciones procesales que iban más allá de las que eran de su competencia.

Los orígenes de los abogados, tal como están definidos en el época moderna, arrancan de finales de la Edad Media, con la recepción del Derecho Común a través de las **Las Partidas**, en las que se regulan aspectos de la profesión. La confirmación de su contendio por el **Ordenamiento de Alcalá** dió lugar a un uso más extendido del derecho romano, preparando el camino de expertos en Derecho por el que discurría la profesión de Letrado. A finales del siglo XV, por una disposición de los Reyes Católicos, se exige que para ejercer la profesión de abogado se tengan hechos estudios en Leyes y en Cánones. Los abogados en el siglo XVI estaban inscritos en los tribunales de las Chancillerías, y en la Corte para ejercer en el Consejo, pero en las cabeceras de Corregimientos siempre hubo inscritos varios letrados. El aumento del número de abogados existentes en Castilla era directamente proporcional con el aumento de los colegiales que cursaban en las universidades los estudios de derecho.

Pero volviendo al plano de las leyes y sus exigencias, en **Las Partidas**, se vinculaba el ejercicio de la profesión con una serie de requisitos para poderla ejercer. En este punto, no pueden ser abogados el menor de diecisiete años, el sordo, el loco y el pródigo. Tampoco pueden ejercer como abogados la mujer o el fraile. El judío, el infame o el reo de delito mayor.²⁹² La legislación real posterior en esta materia está recogida en el título XVI del Libro 2 de la Nueva Recopilación, y en el título 22 del libro 5 de la

²⁹² JORDAN DE ASSO, "Instituciones del Derecho Real de Castilla", Pág. 279.
P.P. 2,3,4,5, y 6,. 6.3.

Novísima Recopilación. Son casi todas disposiciones de los Reyes Católicos recogidas en las **Ordenanzas de los Abogados** de 1495, y las que con posterioridad se les añadieron pocas normas. Como obligaciones inherentes a la profesión aparece en primer lugar la exigibilidad del examen, y el juramento de que se portará fielmente y que no defenderá causa injusta. Se les prohibía a los letrados abogar contra legem, y deberían alegar brevemente y sin citar leyes. Los abogados deberán examinar por sí mismos las actuaciones y tomar relación el principio del pleito firmada por su representado; y el que ayudó en la primera instancia a una parte, no puede hacerlo en segunda a favor de la contraria. Se les exige a los abogados un deber general de secreto y de fidelidad, así como no abandonar una causa un vez iniciada. Con el mismo criterio que a los jueces y los demás oficiales reales se les hacía incompatibles por razón de parentesco con los interesados en los pleitos, a los abogados se les hacía incompatibles en las causas en las que el juez o el escribano les estuviesen vinculados por razones de parentesco. Lo mismo que se les exigía la brevedad en los informes y alegaciones, se les limitaban las preguntas en los casos de confesiones de las partes.²⁹³ Los autores pensaban que las exigencias para un abogado iban más allá de los requisitos, por lo que un buen abogado debía necesitar de *rectitud de intención, verdad, fidelidad, consumada prudencia y pureza de costumbres*.²⁹⁴

El trabajo de los abogados en el ámbito procesal se hacía en dos momentos fundamentales. Después de tomar razón de sus clientes de los presupuestos del asunto, habiéndose informado correctamente por los documentos y otros informes del supuesto

²⁹³ JORDAN DE ASSO, Ob. Cit. Pág. 280 y 281

²⁹⁴ DE CASTRO, Ob. Cit. Pág. 93.

de hecho origen de un litigio, el abogado *redactada la demanda* y las alegaciones iniciales en forma de segundas alegaciones. Correpondía a los letrados articular las pruebas que se debían hacer en el pleito y los interrogatorios de la confesión y los testigos; todos estos escritos debían llevar su firma. Además, en todas las cuestiones que se planteasen a lo largo del pleito, con carácter interlocutorio pero que fuesen más allá del trámite, como embargos o fianzas. Pero en el momento procesal en el que la intervención de los abogados se hacía más trascendente y de mayor peso jurídico y procesal, era en *las alegaciones finales*. En estas alegaciones los abogados hacían un resumen de todo lo que se había dicho en el pleito, y lo que se había probado (realmente se podían llamar resúmenes de prueba); se hacían por escrito y si podían, según el tipo de asunto y el tribunal, exponerlas oralmente ante los jueces, que a su vez les podían hacer preguntas sobre los puntos más oscuros de la causa. Las alegaciones en derecho suponen una fuente importantísima para conocer los argumentos jurídicos que de fondo que se utilizaban en los pleitos, no sólo por su propio contenido en sí, sino por ser un vehículo para conocer en que se podían basar las sentencias no fundamentadas de los jueces castellanos.²⁹⁵

La cuestión de la enseñanza de los abogados es fundamental para conocer la formación y calidad profesional. *La formación de los juristas en las aulas significa, en la edad moderna, que las facultades jurídicas sean la base de los saberes de los juristas y su estudio nos oriente a cerca del papel de los letrados en el mundo de los siglos XVI a XVIII.*²⁹⁶ El interés por los estudios universitarios fue muy extenso en Castilla en el siglo

²⁹⁵ VER INFRA 11.3

²⁹⁶ MARIANO PESET Y OTROS, “Historia del Derecho”, Pág. 257.

XVI, decreciendo en el XVII y estabilizándose en el XVIII; este interés social podía estar motivado por el auge de la burocracia castellana, en la que, con sus ampliaciones, tenían cabida los estudiantes formados en derecho en las universidades. Para ello se exigía haber cursado los estudios en uno de los seis colegios que existían en las tres universidades principales (Salamanca, Valladolid y Alcalá de Henres). Estos Colegios Mayores dominan las tres universidades y logran controlar así mismo el acceso a los puestos de los Consejos y de las Audiencias.²⁹⁷ : los colegiales, como grupo social, llegaron a formar un auténtico grupo de presión, agrupados en torno a la Junta de Colegios, fundada en 1623.²⁹⁸ El acceso a estos Colegios Mayores estaba controlado por los antiguos colegiales, con lo que la endogamia llegó a ser total. El acaparamiento que de los puestos de la alta administración hicieron los colegiales, supuso que para aquellos que habían cursado los estudios fuera de alguno de estos núcleos de privilegio, tuviesen escasas posibilidades de acceder a cargo dentro de la Administración, como mucho podían llegar a algún corregimiento. El excesivo poder de estos grupos, y el cierre al acceso que supuso su sistema, hizo que los estudiantes no colegiales, *los manteistas*, reaccionaran en contra de esta presión, pues para ellos sólo quedaba el ejercicio en el foro. Con las reformas del siglo XVIII, Decretos de 1713 y 1715, y el acceso a la administración de personas no colegiales, se comenzó a romper el cerco de los colegiales, sobre todo con la reforma de los colegios mayores de 1771. Esta reforma, arranca del “ Memorial por la libertad de la literatura española” de

²⁹⁷ Ibidem

²⁹⁸ JUAN LUIS CASTELLANO (ED.), “Sociedad, Administración y poder en la España del Antiguo Régimen”, Pág. 78.

Perez Bayer, que a través de Amador Roda , Campomanes y del confesor del Rey, Fray Joaquin de Eleta, cristaliza en los Decretos de Febrero y Marzo de 1771. Desde este momento comienza la destrucción de la fuerza de los Colegios Mayores y de sus colegiales, y pese a sus esfuerzos por evitarlo, en febrero de 1777 se promulgan los decretos que regulan el nuevo método de becas, de oposiciones y de régimen interior. Con estas reformas se frenan los abusos de la casta colegial y se consolidan los manteístas en puestos de importancia de la Administración ²⁹⁹

Aunque el número de universitarios era alto, aquellos que finalizaban los estudios no suponían un gran porcentaje sobre los que los iniciaban. El hecho que nos interesa para la profesión de abogados, es que el acceso restringido a los cargos de la Administración para colegiales durante centurias, desvió hacia el ejercicio de la abogacía a muchos doctores en leyes; con las reformas ilustradas, los manteístas tuvieron entrada en la Administración borbónica, pero pese a ello, no disminuyó el número de abogados. Además existían un número considerable de *bachilleres en leyes*, que también accedían a la profesión de abogado por tener posibilidades en otros círculos. En resumen, los abogados tenían formación universitaria, a distintos niveles, dedicándose al ejercicio de la profesión preferentemente los estudiantes no colegiales por ver limitadas su posibilidades de acceso a otro cargos administrativos. Con ello hay que contar para saber que los abogados eran técnicos en derecho, conocedores y formados en el Derecho Común fundamentalmente, con escasos conocimientos de derecho real y con práctica adquirida por los usos de

²⁹⁹ MARIANO PESET y OTROS, “ Historia del Derecho”. Pág 264.
GOZALO ANES, “El Antiguo Régimen: Los Borbones “. Pág 456

tribunales.

Según la legislación, para ejercer al abogacía, deberá la persona que vaya a ser recibido como abogado acreditar que después del grado de bachiller ha estudiado cuatro años de leyes del reino, al menos dos, y los otros dos en derecho canónico, y además tendrá que acreditar la pasantía de dos años con algún abogado de Chancillería o Audiencia.³⁰⁰ Si bien estos tiempos se aplican sólo para los casos específicos en los que se pretenda ejercer como abogado, pero hay que tener en cuenta que existía un buen número de doctores en derecho que también accedían al ejercicio profesional por imposibilidad de encontrar otros caminos. Además, debía un buen abogado tener conocimientos de lógica, de metafísica, de teología, de historia; como conocimientos jurídicos, debe conocer el Derecho Romano, el Derecho Canónico, el Derecho Real y la práctica.³⁰¹ Son los cuatro pilares de la ciencia jurídica en el siglo XVIII; los dos primeros integrantes del Derecho Común, esencia de la formación en derecho desde la Edad Media, al Derecho Real como la incorporación del verdadero derecho de la monarquía a la enseñanza, y por último la tan esencial y cotidiana práctica forense, fuente de muchas de las normas y usos del derecho procesal.

Socialmente estaban mejor considerados que los otros técnicos del derecho, escribanos y procuradores, a los que se les veía con un carácter más artesanal, además a los abogados se les llamaba para asesorar a los jueces legos y para sustituir a los magistrados en caso de ausencia o de enfermedad. Pero también los abogados tenían su

³⁰⁰ No.R. 2.22.5.

³⁰¹ DE CASTRO, Ob. Cit. Pág. 96 y ss.

pequeña leyenda negra. Como se verá cuando se hable de los informes en derecho, se criticaba la tendencia al pleito que tenían siempre los abogados, y a complicar los litigios. Esta complicación de los litigios por actividad profesional dilatoria, mientras que en los procuradores se instalaba en el exceso de peticiones, en los abogados se manifestaba como una cierta tendencia a excederse en las alegaciones jurídicas, no tanto por su número, pues las propias normas procesales se lo limitaban, sino por la extensión de los informes. Vieron varias veces limitadas sus informaciones en derecho por considerarse excesivas y limitativas del trabajo del tribunal.

La vida corporativa de los abogados castellanos se desarrolló con una cierta lentitud en comparación con el resto de Europa. Mientras en otros lugares los abogados se habían estado agrupando desde la Edad Media, en Castilla no aparece el primer colegio hasta finales del siglo XVI, en Valladolid en 1592, para después organizarse el colegio de Madrid en 1596: la extensión general de estas organizaciones no se produce hasta el siglo XVIII. Inicialmente las intenciones colegiales eran más de “defensa de la competencia” que las meramente corporativas, por ello los colegios se organizaban para proteger los intereses de los abogados que ya ejercían frente a la avalancha de nuevos aspirantes. Por ello, los colegios tendieron a controlar el acceso a la profesión y sus mecanismos.

Como consecuencia de la organización colegial, se pueden valorar **los privilegios** con los que los abogados contaban y con los que sentían vivir. Pues fue dentro de la propia organización de los Colegios donde se cristalizaron privilegios medievales, con situaciones corporativas, que se encargaron de difundir y controlar. Puede servir de ejemplo la obra de Berní y Catalá, “**Resumen de los privilegios, gracias y prerrogativas de los**

abogados españoles”, publicado en Valencia en 1764. Aunque la obra está dirigida a los miembros del recientemente creado colegio de abogados de Valencia, ya en su prólogo se explica que estos privilegios son los mismos que los que gozan los abogados de la Corte, con lo que la homologación nos permite hacer un catálogo de cuales eran las situaciones privilegiadas que vivían los abogados colegiados respecto del resto de otras profesiones jurídicas. Además las continuas referencias a los autores y Las Partidas que hace el autor, nos están remitiendo al Derecho y a la doctrina castellanos (Pérez de Salamanca, Curia Filipica, Gregorio López, Castillo de Bovadilla, Acevedo, Pareja, Padre Benito Feijoo, entre otros). En primer lugar no se considera que haya distinción entre el abogado colegial y el que no es colegial, pero en el caso de los colegiales, al exigirse para esta categoría universitaria los requisitos de limpieza de sangre, no haber sido castigado por tribunal ni ser infame o vil, se entiende que los abogados que estén en esta situación son un reflejo de las condiciones para ser colegial. Se considera que el abogado ejerce un ministerio público con carácter de dignidad, y que su profesión es esencial en la vida política. Antes de entrar en lo que podrían denominarse como privilegios forenses, a los abogados se les atribuyen honores civiles que tienden a resaltar la categoría de su profesión; así, se considera que son personas egregias, profesores clarísimos, que pueden usar coche en las mismas condiciones que la nobleza, así como el uso de armas. Los abogados son ciudadanos y jurisperitos. En lo que se refiere a situaciones del ejercicio en el foro, pueden los abogados ser promocionados a los cargos de Fiscal o de Relator, pueden estar presentes en determinadas votaciones de los oidores, no pueden ser puestos presos por deuda civil, si han de declarar como testigos se les puede examinar en sus casas. Además, los

honorarios de los letrados no deben ser tasados por los tasadores, y para reclamar su pago, pueden hacerlo mediante Caso de Corte, teniendo crédito privilegiado en los casos de concursos, y no se les puede encarcelar si no es por una causa grave. Todo este conjunto, puede dar una idea de cual era la situación de un abogado desde el punto de vista social, pues estos privilegios se refieren más a este tipo de cuestiones que a las meramente forenses, en las que también hay mucho de distinción y diferencia sobre otro tipo de oficiales del tribunal, con una intención de llegar a ponerse casi a la altura del propio juez. Es importante tener en cuenta que se arranca de la situación de colegial, y aunque no se indica como un privilegio, sí se hace notar la presencia de estos universitarios en los colegios de abogados, quizás como una consecuencia de las limitaciones cuantitativas a las que se vieron sometidos dentro de la administración en el siglo XVII y XVIII.

2.5.3. LOS PROCURADORES.

Con los escribanos y abogados, los procuradores forman en último eslabón de la cadena que corre por el engranaje de la justicia castellana. Se puede decir que eran *expertos en Derecho*, pues el término “técnicos” no parece muy exacto, ya que para ser un técnico en una materia se presumen unos conocimientos iniciales que muchas veces los procuradores no tenían. No se les exigían estudios de derecho, aunque algunos sí habían cursado en la universidad, con lo que era el aprendizaje con un escribano o en un despacho de procurador lo que les daba la cualificación profesional necesaria para superar su examen y poder ejercer como procurador de número en alguna Audiencia o Corregimiento; hay un cierto paralelismo con los escribanos, en cuanto a formación y aprendizaje, y sobre todo con

un factor del oficio que es esencial para entenderlo y conocerlo, que era la venalidad.

En el siglo XVIII se veía como de interés social el que los pleitos los siguiesen los procuradores, pues se piensa que ningún particular puede saber seguir el curso procesal, y que es más conveniente que lo haga mediante su representación procesal. La justificación última estaría en la imposibilidad de asistir a los pleitos por no residir en el lugar en el que se sigue el juicio, quizás fuese ésta la verdadera causa de que se estableciesen los Procuradores, pues cuando sólo existía un Tribunal de Corte y una Audiencia, las distancias conminaban a entregar un poder a las personas que si estuviesen en contacto permanente con el tribunal; de ahí se siguió la costumbre de apoderar a personas próximas a los tribunales para que siguiesen los negocios, como mejores conocedores del medio procesal. El segundo elemento que ayudó a que el oficio de procurador se hiciese imprescindible, fue el mismo hecho que motivo la abundancia de letrados, como era la aportación que al mismo del proceso había dado el Derecho Común, con su complicación del trámite y su riguroso formalismo, que le hacía ciertamente críptico para los no iniciados.

Al estar los procuradores para seguir los pleitos de los ciudadanos, deben tener autoridad pública para hacerlo, y esta autoridad se consigue por el mismo vehículo que los jueces y escribanos: por nombramiento o título que hace el rey o en quien este delegue.³⁰²

Se define como procurador, *aquel que recaba o hace algunos pleitos, o cosas ajenas, por mandado del dueño de ellas*.³⁰³ Cualquier persona con plena capacidad de

³⁰² GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 54.

³⁰³ P.P. 1.5.3.

JORDAN DE ASSO, Ob. Cit. Pág. 278.

MUÑOZ, "Práctica de Procuradores" fol. 1.

obrar y más de veinticinco año, podía nombrar procurador que le representase en juicio. Para ser procurador también hay que tener veinticinco años, y estar plenamente capacitado para obrar, con lo que quedan excluidos del oficio de procurador el loco, el desmemoriado, el sordo y mudo, o el que estuviese inmerso en causa penal. Tampoco pueden ejercer el oficio de procurador las mujeres, aunque pueden actuar en pleito representado a sus parientes que estuviesen incapacitados para actuar y compareceren juicio.³⁰⁴ A estas limitaciones se añaden las normales de las incompatibilidades con los miembros del tribunal por parentesco o amistad.

El hecho era que la intervención mediante procurador en los pleitos, se consideraba obligatoria desde el siglo XV, cuando los Reyes Católicos dispusieron que nadie pudiese comparecer ante las Audiencias si no era mediante procurador.³⁰⁵ La comparecencia se hacía en el juicio por medio de poder bastante. **El poder del procurador** era una escritura otorgada ante escribano público, de que se aportaba una copia certificada que quedaba unida al pleito. Era muy frecuente que el poder se otorgase ante el mismo escribano que conocía de la causa, sobre todo en los pueblos y ciudades, para pleitear ante Alcalde Mayor o Corregidor. El otorgamiento del poder quedaba limitado, como es lógico, a las personas que podían litigar. El poder se podía dar con carácter general, para actuar ante cualquier justicia, o para un pleito expresamente, llamado especial. Los poderes generales no estaba bien considerados, pues permitían al procurador iniciar contiendas no deseadas

³⁰⁴ MUÑOZ, Ob. Cit. Fols. 2 y 3
CHAN. VALL. P.A. 2792-3

³⁰⁵ N.R. 1.24.2.
No.R. 1.31.5.

por su representado, y lo normal era que los poderes fuesen especiales para comparecer y seguir asuntos concretos. Como se dice al hablar de la comparecencia en juicio,³⁰⁶ en los poderes se explicaban los motivos que se tenían para poner la demanda, y en el caso de que se compareciese como demandado, lo que se reclamaba en la demanda. Aunque poder especial también se entendía el que debía dar la parte procesal para hacer determinadas actuaciones que eran personalísimas y que se consideran excluidas de las facultades generales contenidas en el poder; así jurar, confesar, prórrogas de jurisdicción, renunciaciones o pedir restitución *in integrum*. La existencia del poder es una exigencia para poder reclamar algo en juicio, pues nadie está obligado a responder a ninguna reclamación si el procurador no muestra el poder.³⁰⁷ Podía ocurrir que en la primera comparecencia, tanto si se demandaba como si se contestaba a la demanda, que no se aportase el poder, defecto que no hacía nula la petición pues se podía subsanar presentándolo posteriormente. Los jueces solían admitir este desfase temporal, durante meses: desde una comparecencia de los demandados ante el juez en septiembre de 1772 hasta febrero de 1773.³⁰⁸ De la copia de poder que se presente en los autos, se debe dar traslado a la parte contraria, que puede impugnarlo.

El título para poder ejercer de procurador se consigue después de superar un examen ante el mismo tribunal en el que se va a ejercer, ya que el examen de la habilidad para el oficio se podrá hacer en el Consejo o en la Audiencia o Chancillería. En los casos

³⁰⁶ VER INFRA 5.5

³⁰⁷ MUÑOZ, Ob. Cit. Fol. 5

³⁰⁸ CHAN. VALLA. P.A. 3325-1.

de sucesión en el oficio o de adquisición , su poseedor mediante justo título, una vez acreditado, se le da el nombramiento correspondiente, con el que se ha de presentar ante Presidente y Oidores, para el examen y aprobación. Con este título se podrá tomar posesión ante el Concejo y una vez jurado el cargo se entiende que se está en posesión del oficio.

Las obligaciones del procurador, un vez jurado el cargo se circunscriben a las actuaciones procesales, pues se hacen responsables de los procesos cuando se los entreguen, aunque ellos mismos se los pasen a los letrados, debiendo devolverlos en sus terminos.³⁰⁹ El procurador no se puede exceder de los límites de su poder ni sustituirlo, salvo que tuviese un poder *llano y libre*, o que incluyese cláusula de sustitución y es responsable de reponer el daño que causare en el ejercicio de su oficio.³¹⁰

El contenido del poder se traduce en una serie de facultades que pueden ser ejercidas en el ámbito del proceso o incluso más allá de él, aunque relacionadas siempre con cuestiones procesales,³¹¹ y finaliza el poder por la muerte del poderdante o del apoderado, siguiendo la doctrina romana del mandato, a la que se sujeta la procuraduría.

Aunque el trabajo en sí de los procuradores era rutinario, pues presentaban solicitudes y ayudaban al letrado a articular las pruebas localizando documentos o testigos, también cabe atribuirles una cierta facultad de decidir el camino a seguir en cada caso y

³⁰⁹N.R. 4.24.2.
No.R. 6.31.5.

³¹⁰P.P. 19 y 25. 5.3.

³¹¹VER INFRA 5.5

las estrategias para acelerar o retrasar los resultados procesales. Los nobles y poderosos, y las ciudades, tenían procuradores fijos para seguir sus asuntos en las sedes de las Chancillerías y Audiencias, pero la mayoría de las personas debían acudir a procuradores que se encontraban sobrecargados de trabajo y que cobraban por toda actuación que llevasen a cabo. La imagen del procurador, como ocurre con el escribano, no es muy loable ni sale muy bien tratada, pues se les reprochaba codicia y descuido en su trabajo: teniendo en cuenta que los procuradores, al igual que los escribanos, estaban limitados por número en cada ciudad, es fácil pensar que en los momentos de mayor litigiosidad la sobrecarga de papeles le hiciese no seguir correctamente todos los asuntos; y en cuanto a la cuestión económica, volvemos a encontrarnos con el problema de la venalidad del oficio y la percepción de su salario en forma de derechos arancelarios. **Kagan** da unas cifras elevadas sobre los desembolsos que requería un oficio de procurador en el siglo XVII en Valladolid;³¹² si el valor estaba reflejando el rendimiento estimado del oficio, es claro que éste era alto; el control de los derechos lo hacía el tasador al calcular las costas procesales, pero normalmente las partes ya habían desembolsado cantidades como adelanto de fondos. La necesidad de hacer rentable la inversión inicial, empujaba a estos oficiales a recabar los derechos con premura, derechos que por otro parte se veían mal pues se les entendían como parte integrante del tribunal, tal como ocurría con el procurador de pobres. La adscripción al Tribunal, Audiencia o Chancillería, permitía a los procuradores actuar ante Corregidores o Alcaldes Mayores, pero los adscritos a estos jueces no podían actuar fuera de la demarcación de su jurisdicción.

³¹² KAGAN, Ob. Cit. Pág 75. Nos habla de 1.125.000 maravedies.

El exceso de trabajo que llegaron a tener algunos procuradores de las ciudades importantes, sobre todo Valladolid, en el siglo XVI, propició una figura en el límite del oficio de procurador. **Los solicitadores y agentes de negocios**³¹³ existieron en Castilla, eran unos “gestores” de los pleitos, que al no tener representación no podían firmar ni actuar en nombre de nadie, pero que percibían sus salarios como una parte de los derechos del procurador al que sustituían, y que era quien finalmente había de firmar, tanto los pedimentos como las notificaciones. Desde luego que el exceso de trabajo de los procuradores podía ser una de las causas de que existiesen estos oficios, pero es indudable que la responsabilidad está compartida con la propia identidad del sistema castellano, “el laberinto Cretense” como lo llama **Kagan**, en el que la intrincada red de personas y papeles estaba facilitando que se diesen estas situaciones atípicas, pero que persistieron enquistadas en el propio mecanismo. Su principal actividad eran las gestiones y los contactos en los tribunales, gestiones que estaban fuera de los auténticamente procesales, pues incluían sobornos y otros desfaes. Actuaban muchos como agentes de personas importantes y de ciudades, sobre todo en la Corte, y fueron reprochados de intrusismo por los propios procuradores. Al no estar sujetos a ninguna regulación legal sobre el oficio, pues como tal no existía, cualquiera podía serlo, incluso algunos eran oficiales reales que actuaban *ex officio* generando situaciones abusivas. Los solicitadores adquirieron carta de naturaleza oficial en 1632, cuando Felipe IV los convirtió en Agentes de Negocios, dándoles el status de oficio venal. Con esta medida, y con el descenso de la litigiosidad en

³¹³ Los Agentes de Negocios encabezaban los poderes “ Esteban Gómez Castañeda, Agente de Negocios de la Chancillería de Valladolid en nombre de la viuda de Pedro Prieto...” CHAN. VALL. P.A.

el Sigo XVII y XVIII los solicitadores fueron disminuyendo y perdiendo vigencia e importancia.³¹⁴

³¹⁴Sobre esta cuestión ver KAGAN, Ob. Cit. Pág. 70 y siguientes.

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE GEOGRAFÍA E HISTORIA
Dpto. de HISTORIA MODERNA**

LOS PLEITOS CIVILES EN CASTILLA. 1700 - 1835 :

**ESTUDIO DEL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA
CASTELLANA EN EL MARCO DE LOS PLEITOS PRIVADOS**

TOMO II

La demanda: Iniciación del proceso.- La llamada al proceso.- Actitudes del demandado después del emplazamiento.-

TESIS DOCTORAL

**MARÍA JOSÉ GANDASEGUI APARICIO
Madrid 1998**

INDICE TOMO II

PARTE SEGUNDA: LA FASE DE ALEGACIONES.

Capítulo III.- La demanda: Iniciación del proceso.	Pág.	1
3.1.- Las actuaciones previas a la interposición de la demanda.	Pág.	2
3.2.- La demanda como iniciación del proceso. Concepto.	Pág.	8
3.2.1.- Demanda escrita y demanda no escrita.	Pág.	10
3.2.2.- Investigación previa a la formulación de la demanda.	Pág.	14
3.2.3.- Poder del procurador.	Pág.	17
3.2.4.- Contenido de la demanda: La acción. Requisitos.	Pág.	21
3.2.5.- La no modificabilidad de la demanda.	Pág.	41
3.2.6.- Las cláusulas de estilo.	Pág.	43
3.2.7.- La cuestión de la supresión de las solemnidades.	Pág.	49
3.2.8.- Sobre el juramento.	Pág.	53
3.2.9.- Los formularios.	Pág.	54
3.2.10.- La demanda de jactancia.	Pág.	58
 Capítulo IV.- La llamada al proceso.	Pág.	60
4.1.- La carta de emplazamiento.	Pág.	63
4.2.- Concepto y contenido del emplazamiento, confusión terminológica.	Pág.	69
4.3.- Notificación y traslado.	Pág.	73
4.4.- A quien se debe dirigir el emplazamiento.	Pág.	78
4.5.- Circunstancias y formas del emplazamiento.	Pág.	85
4.6.- Término y tiempo del emplazamiento.	Pág.	103
4.7.- El emplazamiento fuera del territorio.	Pág.	110
4.8.- Efectos del emplazamiento.	Pág.	114
 Capítulo V.- Actitudes del demandado después del emplazamiento.	Pág.	120
5.1.- Presentación del emplazamiento e incomparecencia del demandado.	Pág.	120
5.2.- La contumacia.	Pág.	128
5.3.- La rebeldía.	Pág.	137
5.4.- El asentamiento.	Pág.	147
5.5.- La comparecencia del demandado.	Pág.	154
5.6.- El allanamiento.	Pág.	165
5.7.- Las excepciones.	Pág.	172
5.8.- La contestación a la demanda.	Pág.	184
5.9.- La reconvención y la compensación.	Pág.	200
5.9.1.- La reconvención.	Pág.	200

5.9.2.- La compensación.	Pág. 220
5.10.- Los escritos de réplica y dúplica y segundas alegaciones.	Pág. 224
5.11.- Cauciones del demandado.	Pág. 244
5.12.- Salir a la voz y defensa.	Pág. 247

PARTE SEGUNDA: LA FASE DE ALEGACIONES

CAPÍTULO III.- LA DEMANDA: INICIACIÓN DEL PROCESO

El proceso estaba estructurado en fases cada una de las cuales se iniciaba y finalizaba con un nudo procesal que suponía el paso de una fase a otra.

Esta división en fases, elaborada y difundida por la doctrina del Derecho Común, venía condicionada por la propia estructura procesal. En cualquier proceso se producían tres momentos:

1.- En primer lugar, cada una de las partes debe decir que es lo que pretende del juez y por qué, tanto si era el que demandaba como el que contestaba a la demanda. Es el momento de alegar y decir y se llamaba **fase de alegaciones**

2.- Todo lo que las partes alegaban en el primer momento procesal debían probarlo, en la siguiente fase llamada de **prueba o probatoria**. Para ello y en los tiempos previstos, tenían que proponer al juez la utilización de unos medios de prueba y si el juez los admitía, hacerlos efectivamente.

3.- Una vez que se habían hecho las pruebas, o haber transcurrido el tiempo dado para probar, las partes tenían que concluir con sus alegaciones finales y el juez dar su sentencia. Todo ello componía la llamada **fase de conclusiones**

La fase procesal inicial, o fase de alegaciones, contenían tres modos procesales: la demanda, la llamada al proceso del demandado, y las actitudes que éste podía tomar a partir del conocimiento de la existencia del pleito. Esta fase se inicia con la demanda y se cierra con el auto

de conclusión para prueba.

3.1. ACTUACIONES PREVIAS A LA INTERPOSICION DE LA DEMANDA.

La mayoría de los autores jurídicos del siglo XVIII, ya sean teóricos o prácticos, hacen sus exposiciones doctrinales y redactan sus manuales en categorías de Derecho Común, siguiendo un esquema procesal clásico estructurado en fases procesales; por ello comienzan el juicio hablando de la demanda que es el acto procesal iniciador del proceso por excelencia.

Pero en la práctica era frecuente encontrar actuaciones que se enmarcaban dentro del ámbito judicialista, que se iniciaban a petición de parte y eran tendentes a preparar la formulación de la demanda e incluso a evitar el pleito. Dice **Tapia** que "todo juicio o pleito civil **ordinario** debe empezar por demanda y contestación, y no por declaración jurada del demandado, a menos que el actor no pueda, si se omite esta diligencia, ir adelante o proseguir en la instancia."¹

De esta afirmación se pueden deducir dos aspectos fundamentales:

-se habla de juicios ordinarios, que según la terminología deben ser los declarativos², ya que los juicios ejecutivos tienen un carácter especial, y por lo tanto las diligencias preparatorias de ejecución no pueden ser estudiadas con el carácter de preliminares a la demanda.

-la declaración jurada del demandado se limita a los supuestos en que se hace imprescindible para que el actor pueda formular su demanda, sin que tengan valor procesal aquellas declaraciones hechas bajo juramento de forma gratuita y extemporánea. Estamos pues ante una serie de actuaciones, de carácter jurisdiccional, que sin formar parte propiamente del

¹ TAPIA, E. Febrero Novísimo o Librería de Jueces, Pág 59.

² La práctica en las Escribanías era indicar en la portada del pleito (normalmente en el ángulo superior izquierdo) si era "ordinario" o "ejecutivo". La mecánica de la práctica cotidiana introdujo esa elemental clasificación.

proceso, son necesarias para que su iniciación y puesta en marcha pueda conseguirse.

En **Las Partidas** (1.10.3.) se hace referencia a las preguntas que puede hacer el demandante sobre el objeto de la demanda antes de que comience el pleito; deben tener tal naturaleza, que el no hacerlas impide seguir con el pleito adelante. Las preguntas concretas que se pueden hacer al demandado son :

- las que se hacen a quien se quiere demandar por su condición de **heredero** sobre parte de la herencia.

- las que se hacen al **padre** sobre el peculio del hijo, para que diga si tiene o no en su poder dicho peculio.

- a quien se intente demandar, se le puede preguntar sobre si tiene o no **25 años**, para que en el caso de que no los tenga se le provea de curador ad litem.

- en las reclamaciones por daños causados por animal o siervo, las preguntas que se hagan al supuesto demandado irán tendentes a comprobar que pertenece al que se pretende demandar, o que estaba en su poder en el momento de producirse los daños.

- y en general, se puede preguntar al que se va a demandar si es tenedor de la cosa objeto de la reclamación

Por lo tanto, tiene derecho a valerse de esta acción cualquiera que tenga interés o derecho alguno en la cosa que desea demandar:

[...] está obligado el que tuviere en su poder el

testamento de algún difunto,

mostrarle ante el Juez

al demandador

que le pidiere, por pretender que está

instituido heredero,[...] y el vendedor a mostrar al
comprador los titulos de pertenecerle
la cosa vendida. y los
Escribanos públicos de los Consejos
están también obligados a enseñar sus registros
a
todos aquellos a quienes pertenecen las notas o

En los casos en que se pida dicha declaración con juramento, y se nieguen las preguntas que haga el que pretende demandar, cabe recibir información sumaria de testigos para que declaren a tenor de las preguntas que se formulen con citación de la contraria.⁴ Hecha la información sumaria, a su vista insta la formula la demanda el actor, y sigue el proceso en via ordinaria.⁵ En la práctica las informaciones sumarias se utilizaban con más frecuencia en el proceso criminal que en los pleitos civiles.

Con carácter general se entiende como diligencia preliminar aquella que puede solicitar

³ SALA Y BAÑULS, "Instrucción del Derecho Civil de España", Pág. 187.

4 "Antonio Bonifacio Perez, en nombre de Maria Gomez, viuda de Alonso de Mena, [...] conviene al derecho de mi parte que la contraria jure y declare, sin perjuicio de la justificación que corresponda en caso de negativa, por el tenor de los capitulos siguientes: [...]. Otro sí, sin perjuicio de la declaración pedida, conviene al derecho de mi parte, que con citación contraria se examinen a tenor de los capitulos suprainsertos los testigos, que por mi parte fueren presentados [...]". El Alcalde Mayor de Zamora, por Decreto acuerda acceder a la petición, y dos días después, ante el Escribano por comisión del Alcalde Mayor, se toma declaración al demandado y a cuatro testigos que en ese momento presenta la parte que pide su declaración. Las preguntas ("capítulos") se refieren a la situación del inmueble objeto de la reclamación de obra nueva, a las servidumbres existentes y a la existencia de una sentencia arbitral anterior. Aunque estas diligencias se practican dentro de una mecánica procesal, son consecuencia de una denuncia de obra nueva, denuncia que no es una verdadera demanda, sino una petición genérica al Juez, y una vez terminadas estas actuaciones, a los dos días, la instante presenta un escrito en el que se formula un incidente que es donde formalmente se está iniciando el proceso (en este caso es un proceso especial y sumario). CHAN. VA. P.A. 2791.

⁵ BERNI CATALA, "El abogado instruido en la práctica civil de España", Pág. 92.

el acreedor ante el juez competente respecto a determinadas preguntas tendentes a fijar el crédito que tiene sobre el deudor⁶.

En la Chancillería de Valladolid se presenta en Julio de 1793 una demanda por Caso de Corte por María Gonzalez Yebra, Viuda de Miguel Cubero, del lugar de San Esteban de la Jurisdicción de Bembibre, contra los nietos de su marido, en reclamación de la parte de los ganaciales que le corresponden. Antes de esta demanda se habían seguido en Bembibre actuaciones judiciales para la partición y adjudicación de herencia de Miguel Cubero, que no habían finalizado por auto sino por convenio entre las partes " para evitarse lo costoso de los pleitos y lo dudoso de sus fines" (Mayo 1792). En octubre del mismo año el Curador de uno de los nietos obtiene una **información testifical** ante la Jurisdicción Eclesiástica de Astorga⁷ con la que intenta probar que los otros dos herederos habían tomado cantidades de dinero que correspondían al caudal hereditario de Miguel Cubero y que no habían sido incluídos en el inventario de bienes, así como que existían créditos a favor del causante también sin incluir. Al tener conocimiento María de éstas declaraciones es cuando presenta su demanda.⁸

⁶ CONDE DE LA CAÑADA. Ob. Cit. Pág 42

⁷ La información ante la Justicia Eclesiástica se llamaba CENSURA, y era un procedimiento eclesiástico para información de unos hechos, apelando al descargo de conciencia. Se autoriza a su promotor a utilizarlas como medio de prueba o base para un pleito civil

⁸ " en 2 de octubre de dicho año de 92. Folio 33. Autos de Censuras en que se funda la demanda. Resulta se acudió al Provisor de la ciudad de Astorga por Don José Alvarez Escarpizo vecino del Lugar de Vinales como Curador de Don Andrés Cubero [...] exponiendo que hallándose entendiendo en la partija de los efectos pertenecientes a dicho menor con sus hermanos, que reconocido el inventario hecho por muerte de Miguel se halló con la impensada novedad de no haberse inventariado más cantidad que la de 150 reales en dinero efectivo, siendo caso que el dicho Miguel fué uno de los más poderosos de aquel país, y pocos días antes había cobrado varias cantidades, además de las porciones de granos, vinos y otras especies, y remesa de dinero que le había llegado de un hermano que se hallaba en Indias[...] concluyó pidiendo y se mandaron librar censuras para que se leyesen y en su virtud declararon lo siguiente: José Gonzalez de Rón, vecino de San Esteban dijo que para descargo de su conciencia y no incurrir en las censuras lo que podía declarar era que en la ocasión de hallarse enfermo de su última el Don Miguel Cubero entró el deponente a pedirle 500 reales poco más o menos los que le entregó, de los que satisfizo a su nieto Don Antonio Cubero en el agosto del año del 91 300 reales y se persuadía no estarían puestos en el inventario que se hizo (siguen otras tres declaraciones similares). Relación de Autos que aparece en la primera pieza del pleito. CHAN. VALLA. Secc. Plei. Civ. Fene. Escri. Perez Alonso. 3558-1

Todas estas actuaciones, que aunque no integradas en el pleito, tienen el carácter de procesales ya que sin ellos el proceso no podría iniciarse. Por ello están encomendadas inicialmente al actor.

Hay otro grupo de actuaciones judiciales que se realizan en el límite del pleito, como previas a su iniciación o simultáneas a los actos iniciales, y encaminadas al aseguramiento de personas o bienes del demandado. Se puede hablar de **dos tipos concretos de diligencias preliminares de aseguramiento**. En los dos casos aparece como justificación para que el actor pueda pedir su práctica el factor **DUDA**: en el primero de los casos, **el arraigo en juicio**, la duda se refiere a la persona del demandado, y en **el segundo**, el secuestro de bienes, a los bienes muebles objeto del pleito.

1º.- Arraigo en Juicio, se puede pedir en los casos en que el demandado no comparece, o se presume que pueda huir, entonces puede solicitar el actor que "arraigue el juicio"; este arraigo se traduce en la prestación de fianza "lega, llana y abonada", y en el caso de que el demandado no halle fiador, deberá jurar que estará dispuesto hasta la conclusión del juicio⁹. A solicitud de la parte que demanda, el deudor que se encontrase en peor condición económica que cuando contrajo la deuda, y no tenga fiador podría ser puesto preso¹⁰

2º.-Secuestro y embargo de bienes. Este tipo de diligencias cuya ejecución era necesaria para que pudiese plantearse el pleito y que eran tendentes a asegurar los bienes objeto de la declaración, se admitirían sólo en supuestos concretos y tasados

-Cuando exista un acuerdo anterior entre los litigantes que permita que se haga el

⁹TAPIA, Ob. Cit. Pág.53
PP, 44.2.3.
Leyes de Toro, l.66

¹⁰TAPIA, en la obra ya citada incluye una nota a este aspecto de la prisión por deudas, aclarando que "en el día" son pocas las personas que pueden ser presas por deudas (ver Juicio Ejecutivo)

secuestro y embargo.

-En los casos en que la cosa litigiosa sea mueble y existen sospechas fundadas de que se pueda deteriorar.

-Cuando el marido está disipando la dote de la mujer.

-Cuando el hijo preterido reclama su legítima.¹¹ Se trata de medidas dirigidas a garantizar el resultado del litigio.

Juan y Colom da unas instrucciones muy prácticas sobre como unir estas diligencias. Quede claro que la petición de declaración, información testifical, arraigo o secuestro, no forma parte propiamente de la demanda. Dice que ha visto intentar demandas que consisten en hechos propios del demandado, y no habiendo instrumentos que la justifiquen, la ha visto intentar pidiéndose declaración jurada al demandado sobre el hecho, e incluye el modelo de petición:

F de tal, vecino de tal parte, comparezco ante Vmd. y como más haya lugar en derecho digo: Que N. vecino de esta Ciudad o Villa, se obligó a pagarme,, dar, o hacer o cumplir tal y tal cosa, por tal razón, y habiéndole requerido repetidas veces para su cumplimiento, no lo he podido conseguir: por lo a Vmd. pido y suplico mande comparecer ante sí al dicho N. y que jure y declare a tenor de este pedimento clara y abiertamente, conforme a la ley, y bajo la pena de ella; y constando por su declaración de lo referido en la parte que baste, se sirva Vmd. condenarle a que me dé, pague, haga o cumpla la dicha tal y tal cosa"¹².

Son EN RESUMEN, las diligencias preliminares, actuaciones "cuasi procesales",

¹¹ Tapia, Ob. Cit. Pág 60
PP 1.9.3

¹² JUAN Y COLOM, Instrucción de Escribanos en orden a lo Judicial, fº.9

encaminadas a evitar un proceso inútil o la fijación de los límites del "petitum", por lo que en muchos casos resultaba inevitable recurrir a este tipo de actos, sin los que al demandante le resultaría imposible interponer su demanda. Puede verse como un residuo de una "justicia privada" más arcaizante en las que las partes debían soportar toda la carga del proceso, sin que el juez interviniese más que para dictar sentencia, estando encomendado al demandante todos los actos necesarios para conseguir que su pretensión se hiciese efectiva.

3.2. LA DEMANDA COMO INICIACION DEL PROCESO. CONCEPTO.

El acto de manifestación de voluntad que contiene la demanda es una PETICION, que la persona que necesita que se le resuelva un conflicto hace al juez, para que mande dar o hacer¹³ o pagar una cosa¹⁴. Es por lo tanto, una solicitud de una parte procesal al Juzgador para que juzgue, decida y **mande** que la persona contra la que se dirige la acción que se está ejercitando **haga o entregue o dé** algo. No se puede entender la demanda simplemente como una solicitud genérica dirigida a un órgano con potestad de Juzgar.

A los Jueces, Chancillerías o Audiencias, incluso al Consejo de Castilla, se les podían solicitar actuaciones muy distintas, que ni formal ni sustancialmente pueden entenderse como verdaderas demandas¹⁵, si no como peticiones no encuadradas dentro del ámbito del proceso. La demanda lleva implícita, como condición determinanate, la intención de la parte de poner en

¹³ GOMEZ NEGRO, Ideario Procesal Práctico, Pág.75

¹⁴ SALA Y BAÑULS, Instrucción del Derecho Civil de España. Pág 184

¹⁵ Desde pedir que un Escribano no retenga un inventario, que ampare al arrendador ante el dasalojo, o pedir una reducción de rentas. AHN, leg. 9420

marcha la mecánica procesal; con la demanda no se está solicitando una mera declaración o actuación del juzgador de plano, sino una decisión última (la sentencia) que venga a resolver un conflicto privado, y que es la base misma del proceso. Esta decisión o juicio del juez la ha de tomar en base a lo que se desprende del resultado del curso procesal aplicando criterios jurídicos. No fijan los autores de la época en sus definiciones de la demanda el que tenga que dirigirse contra otra persona, cerrando así el círculo activo/pasivo, pero sí la mayoría de ellos refiere la presencia del demandado o reo entre los requisistos que validan la petición. Lo que sí es esencial en la demanda es que contenga una petición deducible en juicio¹⁶ para que en el curso del mismo, y como resultado final se condene al reo a lo que se pide¹⁷.

Al carácter de petición hay que añadir el de INICIACION. "Cuando algún Pleito se comienza se ha de comenzar por la demanda"¹⁸. Este efecto iniciador es lo que en Las Partidas se **llama comenzamiento**¹⁹ y **raiz del pleito** , atribuyéndoselo a la demanda y contestación en conjunto²⁰, y supone la puesta en marcha del sistema procesal: el hecho de que alguien pida al juez iniciar el proceso, hace arrancar la puesta en marcha de los actos que implican la procedimentalidad .La legislación Real (La **Nueva Recopilación** en esta materia recoge fundamentalmente legislación procesal procedente del reinado de los Reyes Catolicos, Ordenanzas de Madrid, Toro y Medina) cuando se refiere a la forma en que el actor ha de poner

¹⁶ HEVIA BOLAÑOS, Curia Filípica, Pág. 62

¹⁷ JUAN Y COLOM, Instrucción de Escribanos en orden a lo Judicial, Pág. 6

¹⁸ JUAN MUÑOZ, Prácticas de Procuradores para seguir pleitos, Pág. 6

¹⁹ PP 3.10.3

²⁰ Se encuadran Las Partidas en la teoría romanista del contrato como naturaleza jurídica del proceso. Implica esta idea privatista la formación de un acuerdo de voluntades, que se vería perfeccionado con la contestación a la demanda. De esta base privada deriva que los autores clásicos integren la contestación a la demanda en el momento inicial del proceso.

la demanda, dice que "**al venir a mover pleito**" dando a este momento procesal el carácter de "poner en marcha" que tiene en sí misma la demanda como algo intrínseco a su propia naturaleza.

3.2.1. Demanda escrita y demanda no escrita

Al informarse el proceso castellano por el principio de escritura, prevaleciendo sobre el de oralidad, se exige que la demanda sea puesta por escrito , aunque con "carácter breve " en que se contiene lo que se pide y demanda en juicio"²¹ y **Elizondo** dice que "el libelo debe contener el hecho breve, claro y específico"²².

Pero pese a que prevalezca el carácter escrito sobre el oral "la más cierta [demanda] es la que por escrito se hace"²³ porque no se puede cambiar ni negar como la otra²⁴, está admitida la posibilidad de que la demanda, como tal declaración de voluntad que es, pueda hacerse verbalmente. Cuando en 1386, en Alcalá, Alfonso XI dicta una disposición encaminada a evitar que la falta de solemnidades en los pleitos produjesen anulaciones hasta en la fase de apelación " si se halla que la demanda no fué en escrito, hallándola asentada en el proceso[...] "pero si el demandado pide que la demandante dé su demanda por escrito" queda a la decisión del juez el que se haga así, según convenga y se deduzca del pleito"²⁵

De la propia argumentación de esta ley se pueden deducir dos situaciones:

²¹ HEVIA BOLAÑOS, Curia Filípica, Pág. 62
JUAN Y COLOM, Instrucción de Escribanos en orden a lo Judicial, Pág. 6

²² ELIZONDO, Práctica Universal Forense, Pág. 30

²³ PARTIDAS 40.2.3.

²⁴ PARTIDAS 41.2.3.

²⁵ N.R. 10.17.4.

- Se puede producir el hecho de demandar verbalmente "asentándose"²⁶ la demanda en el proceso.

- ésta falta de requisito escrito de las demandas en la práctica daba lugar a impugnaciones en instancias superiores y anulaciones de lo actuado (se daban los pleitos "por ningunos"). Si la necesidad o exigencia de que la demanda se dé por escrito debe colegirse en un sistema jurídico-procesal en el que la escritura invade todas las actividades, conviene no olvidar que se había reconocido la posibilidad del planteamiento de algunos asuntos sin demanda escrita, aunque la demanda se entendía con carácter general en los pleitos²⁷.

Estos asuntos variaban desde la pequeña cuantía (pleito pequeño) hasta los pleitos posesorios, pasando por la decisión voluntaria de las partes o las cosas manifiestas; en estas demandas no escritas debe manifestarse el motivo o la razón por la que se pide

La práctica, no perduró en el tiempo, por influencia quizás de disposiciones posteriores (N.R. 1.2.4.) en las que se habla expresamente de demanda escrita, y se deduce de los requisitos que se exigen que la demanda no puede ser verbal " porque la verdad de las cosas se puede mejor saber y sentenciar, y los demandados pueden saber si les conviene litigar o no, y más ciertamente se pueden defender y responder²⁸. A esta ley hace referencia **Juan y Colom**, advirtiéndole que no está en práctica admitir la demanda si no es por escrito²⁹. En el mismo sentido se pronuncia

²⁶ "asentar" quiere decir poner por escrito algo para que conste, y en una petición procesal se lleva a cabo en el auto de admisión que dicta el juez o tribunal, en el que se recoge la petición para trasladarla al demandado

²⁷ MARGARITA DE LOS PLEITOS, Título VIII

²⁸ N.R. 4.2.4.

²⁹ JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pág.6

Tapia³⁰ advirtiendo que no está en uso la práctica de poner demanda en el proceso y que siga la norma general para las Audiencias Reales, que era la de exigibilidad de demanda escrita³¹.

La justificación de la posibilidad de admitir las demandas orales en pleitos que son de pequeña cuantía habría que buscarla en la evitación a la parte de las costas de Abogado y Procurador³², y para que los pleitos se despachen brevemente, se manda a los Alcaldes de Adelantamiento que admitan la demanda que "se quisiera poner de palabra, aunque no la traigan por escrito", siempre que conste en el proceso por auto del propio juez³³. En los casos en los que la demanda se ponga por auto se deben tener en cuenta circunstancias o exigencias tales como, que se haga relación de lo que se pide, que la petición se ciña a la condena que se pretende sea impuesta al demandado, que se pidan las costas y que el demandante jure que no lo hace maliciosamente. Así la forma procesal venía de una decisión del juez, que ante el escribano dice, que ante él se ha presentado persona diciendo que alguien tiene deuda con él y pide al juez le condene a que se la pague; de todo ello el juez manda dar traslado a la otra parte³⁴

De la interpretación dada a esta norma, se desprende que la validez de la demanda verbal, formulada sin criterio de evitarse las costas del Abogado y el Procurador, dependía de que la petición pareciese asentada en autos: debía de constar formalmente por escrito en el proceso. Se podría considerar que este requisito de constancia escrita desvirtúa la verbalidad de la petición,

³⁰ TAPIA, Febrero Novísimo o librería de jueces. Pág.50

³¹ N.R. 1.2.4.

³² N.R. 50.4.3. Nueva Instrucción de leyes para Alcaldes de Adelantamientos. 1543

³³ En estos casos de demandas orales, se supone una comparecencia ante el juez, y en su vista dicta un auto (se entiende con carácter general como resolución judicial) en el que se acuerda dar traslado de la petición al demandado, después de recoger lo que el demandante le ha dicho en su comparecencia.

³⁴ GONZALEZ DE TORNEO. Ob. Cit. Pág. 6

teniendo en cuenta, como ya se ha dicho, que el proceso castellano está influido por el principio de escritura prevaleciendo sobre el de oralidad, la posibilidad de demandar oralmente hay que entenderla como el acto de comparecer ante el Juez o Tribunal y explicar de palabra lo que se demanda y a quien se le demanda, como residuo de una justicia oral y más ágil, que el escribano se encargará de relacionar para con esa relación dar traslado al demandado, o bien la relación ("asentamiento") se hace en el auto de admisión

Ante el Alcalde Mayor de Segovia comparece en 1764 Juan Martín casado, "relacionando" unos hechos y pidiendo al juez justicia y que librase un despacho para requerir al que se supone demandado para que le devuelva una tierra objeto de una venta.³⁵ Se exigía por tanto, para que la demanda oral tuviese validez como tal y surtiese efecto frente a terceros que el escribano la pusiese por escrito en el proceso, en los autos que el mismo formase para su tramitación posterior.

En resumen, el criterio general es que la demanda debe formularse por escrito, aunque las peticiones orales que se asentaban en el proceso tenían el mismo carácter. A esta normal general se exceptuaban las reclamaciones sobre cuantía de pequeña entidad que se podían hacer sin estar sujetas a ningún requisito de escritura sin que por ello el proceso pudiese ser impugnado aduciendo defecto de forma, dentro de una intención de reducir las formalidades procesales en asuntos de pequeña entidad.

Especial o excepcional por lo tanto es el tratamiento que reciben las demandas en reclamaciones de cantidad de pequeña cuantía. Estamos hablando de juicios sumarios o plenarios rápidos³⁶ sujetos a condiciones procesales específicas y cuyo trámite se simplifica en aras de la

³⁵ AHPS. J-1027/28

³⁶ VER SUPRA 1.4

mayor brevedad.

" porque en los tales haya toda brevedad, no haya orden, ni forma de proceso, ni tela de juicio, ni solemnidad alguna: salvo, que sabida la verdad sumariamente, la justicia proceda en pagar lo que se debiere, y que no se asiente por escrito sino la condenación, o la absolución[...]³⁷

Dice **Cornejo** que en los juicios verbales o de corta entidad [...] es conveniente, para evitar litigios y libertar a las partes de los crecidos gastos.³⁸

Con el paso del tiempo se admite la oralidad con carácter general para reclamaciones inferiores, variando únicamente la cuantía tope para mantener el criterio de sumariedad o no plenariedad. En 1593 Felipe II eleva la cuantía a 1000 maravedíes³⁹. La Real Cédula de 1768 que divide Madrid en Cuarteles y establece los Alcaldes de Barrio, fija el tope máximo para este tipo de reclamaciones en 500 reales, como cantidad que se reclama en el **juicio verbal**.

3.2.2. Investigación previa a la formulación de la demanda.

Sin formar parte de las actuaciones procesales propiamente dichas, antes de presentar su demanda ante el Alcalde, mayor u ordinario, el futuro litigante debía dar una serie de pasos previos. Se dirigía en primer lugar al Procurador, que a su vez le conducía al Abogado : su opinión era decisiva para formar la base de lo que sería la reclamación. A partir de esta toma de

³⁷ JORDÁN DE ASSO, Instituciones del Derecho Civil de Castilla. Pág. 282
N.R. 19.9.3.

³⁸ CORNEJO, "Diccionario histórico y forense del Derecho Real de España", Pág. 212.

³⁹ N.R. 24.9.3.

contacto abogado-parte, se podía derivar situaciones no muy convenientes.

a) podía ocurrir que el cliente no le explicase muy correctamente al abogado los supuestos de hecho.

b) a su vez el abogado podía no informar muy correctamente al cliente sobre las posibilidades de éxito, embarcándoles en muchos casos en pleitos innecesarios y de difícil buen fin.

Berní y Catalá⁴³ da una serie de consejos sensatos a los abogados antes de iniciar un pleito:

- El abogado debe informarse bien y secretamente de la acción que la parte pretende ejercitar, lo que supone más que un cambio de impresiones: casi una investigación de los supuestos de hecho en los que la parte intenta basar su petición.

- debe desentrañar las razones que tiene la parte para asegurarse que no actúa maliciosamente.⁴⁴

- para un buen proceder no debe basarse en lo que la parte le informe verbalmente; lo más conveniente es que el informe de los hechos sean presentado al abogado por escrito y firmado.⁴⁵

- Les aconseja que propongan a la parte la elección de un buen procurador, (en el caso de que no hayan entablado todavía esta relación profesional), por desconfiar de la suficiencia o

⁴³ BERNÍ Y CATALÁ, El Abogado Instruido en la práctica Civil de España. Págs. 10 y ss.

⁴⁴ La maliciosidad al interponer demandas debía estar presente con cierta frecuencia, ya que en las alegaciones se utilizan como argumento contra la parte contraria: "se ha de servir declarando por injusta, infundamental, y maliciosa la denuncia hecha por la citada María Gómez". CHAN, VALLA. 2791-2. (aclarando, que aunque en este caso se hable de denuncia y no de demanda, es debido a que se trata de un pleito de "denunciación de obra nueva", y la expresión denuncia se corresponde con demanda.

⁴⁵ El autor toma este criterio de la Ordenanza de Abogados de 1495 (N.R. 14.16.2.), donde se establece que los abogados al principio del pleito tomen la relación del negocio, firmada por la parte. La finalidad claramente era demostrar la correcta actuación del Abogado y librarle de posibles responsabilidades por una mala actuación profesional.

destreza de algunos o incluso por prácticas maliciosas en perjuicio de su representado.

Todas estas gestiones previas al pleito que se aconsejan, por personas expertas, hacer a un buen abogado van dirigidas a evitar pleitos inútiles, o insostenibles, que se alargan innecesariamente con el consiguiente perjuicio económico para las partes que los soportan.⁴⁶

El mismo consejo dan los autores prácticos a los Procuradores, aconsejándoles que antes de plantear un pleito, deben examinar a las partes, valorando la Justicia que les asiste, y si tendrá éxito favorable su proyecto, o por el contrario les puede perjudicar. En caso de duda deben dirigirse a un abogado, para que con total conocimiento pueda formular la demanda " pues si en este asunto se caminase con ligereza, muchas veces en lugar de defender a las partes , las perjudicaría.⁴⁷

Desde el punto de vista de un procurador, se aconseja conveniente que la parte que tiene que litigar elija a un procurador que sea solícito en su oficio, informándose antes de dirigirse a alguno entre los distintos que actúan en la plaza. Entre la parte y el procurador se informan quien es un buen letrado, y una vez localizado, van a su casa y le hacen relación del caso; para ello el procurador se debe haber informado cual es la acción que se intenta interponer, para no dar lugar a que el letrado le pueda reprochar que no se le informó bien. Así el abogado intentará la demanda conforme a Derecho, y conviene que la **relación** hecha por el procurador o parte la firmen el letrado y procurador, y en su defecto la parte, quedando una relación con las firmas en poder del procurador o de la parte, y otra en el del letrado. El abogado verá lo que le conviene

⁴⁶ Estos motivos se manifiestan en el sentir general de los autores críticos del Siglo XVIII sobre lo inútil y peligroso de los pleitos (VER)

⁴⁷ MARTINEZ SALAZAR Práctica de sustanciar pleitos, Pág. 137.

a la parte y le dirá si tiene justicia o no, en el caso de haberla, formará la demanda.⁴⁸

3.2.3. Poder del Procurador.

Una vez que las partes han comparecido en juicio, el juez debe informarse si han comparecido por sí mismas o por procurador, y antes de dictar el primer auto, debe examinar el poder en el caso de que haya sido presentado⁴⁹. El examen del poder por parte del juez se considera así un paso previo a la admisión de la demanda: debe el juez valorar el poder como **bastante**. Este juicio de valor no está claro si corresponde al juez o al escribano; para **Martínez Salazar**⁵⁰ los escribanos no deben admitir la demanda sin que al mismo tiempo se presente el poder.⁵¹ En cualquier caso la falta de este requisito puede ser causa de nulidad⁵². En el mismo sentido lo confirma la **Nueva Recopilación**⁵³, al decir que a veces los procesos son baldíos por no tener poder bastante los procuradores de las partes, anulándose lo actuado al cabo del tiempo por este defecto de los poderes del procurador. Del contexto de la misma Ley, ya en su parte dispositiva, se deduce que el poder puede no ser presentado con la demanda sino "luego que los dichos procuradores parecieran a poner su demanda"⁵⁴

⁴⁸ JUAN MUÑOZ, *Práctica de Procuradores*, Pág. 14.

⁴⁹ MONTERROSO Y ALVARADO, *Práctica civil y criminal e Instrucción de Escribanos*, Pág. 10

⁵⁰ MARTINEZ SALAZAR, *Ob. Cit.* Pág. 139.

⁵¹ La duda deriva de la mecánica del proceso: las demandas se dirigían al Juez pero se presentaban en el oficio del Escribano, que en ese momento hacía un primer examen, aunque la admisión dependía del Juez, después de que el Escribano fuese a su casa a darle cuenta de los pedimentos que se le presentaban.

⁵² MONTERROSO Y ALVARADO, *Ob. Cit.* Pág. 10

⁵³ N.R. 3.2.4.

⁵⁴ CHAN. VALLA. 2791-2.

La aportación de hecho del poder o poderes con los que el procurador justifica o acredita la representación era lo más frecuente se hiciera en el momento de presentar la petición inicial, aportando un testimonio o copia autorizada de la escritura de apoderamiento, copia que se unía a las actuaciones. En ocasiones el escrito inicial se encabezaba y firmaba por procurador y no se aportaba el poder, y diciendo no poder hacerlo. La ausencia, no del poder en sí, si no del documento que acreditase la existencia de tal apoderamiento a favor del procurador que comparecía, podía subsanarse, de ahí que no se rechazasen las peticiones que se presentaban sin poder y se requería al procurador para que aportase la copia de la escritura de poder.⁵⁵

Aunque la forma más frecuente de dejar acreditado en las actuaciones la existencia del apoderamiento era la propia copia del poder, en circunstancias especiales, el escribano podía extender una diligencia en la que daba fe de la existencia del poder por haberlo presentado, exhibido y retirado.

Especial es la circunstancia de que fuese denunciante un Obispo; el de Segovia en 1757 reclama la ejecución de una obligación, y aunque actúa como apoderado suyo el Mayordomo, que a su vez da poder al Procurador, el Escribano da fe que:

"por el Ilmo.Sr.D. Manuel Murillo y Angaiz, del Consejo de S.M., Obispo de ésta ciudad y su obispado, Andrés García de Coma Procurador del N^o y Audiencia de ella, le está dado y otorgado poder general y bastante para todas las causas y.....que se ofrezca a S.Ilma. y a su dignidad pertenezca" [...].⁵⁶

⁵⁵ En el pleito seguido ante el Gobernador y Justicia Mayor de Pedro Manrique, sobre tutela y administración de bienes de una menor, los demandados comparecen con Procurador en Septiembre de 1772 y no aportan el poder hasta Febrero del siguiente año (con anterioridad habían acudido al pleito saliendo a la voz, por sentirse perjudicados); en este tiempo se siguieron las actuaciones judiciales con el Procurador caomparecido.CHAN.VALL.P.A.3325.1

⁵⁶ A.H.P.S. J-1236/8

El único inconveniente procesal de ésta constancia fedataria de la existencia del poder, era que la parte contraria, al no tenerlo a la vista, no podía impugnarlo, circunstancia poco frecuente en todo caso.

En Recurso de Apelación contra Auto definitivo dictado por el Alcalde Mayor de Paredes de Nava (Palencia) en 1797 en pleito en el que se reclamaba el cumplimiento de un contrato de ejecución de obra, presenta escrito de formalización de recurso el apelante en el que pide que se le despache Real Provisión compulsoria y de emplazamiento, obligándose a presentar poder especial ya que el general para pleitos no es suficiente para comparecer en Recurso de Apelación; así se admite su obligación de presentarle en las primeras diligencias, a lo que se obliga el Procurador.⁵⁷

Aunque estas actuaciones se realizan en la Segunda Instancia, ante la Chancillería, habría que valorar la aplicación del axioma general que "si lo que vale para más, vale para menos", en la Primera Instancia ante Alcaldes Mayores y Alcaldes Ordinarios, existiría la misma práctica. Lo que si es cierto con carácter general es que los poderes deben estar bastanteados por Abogado convirtiéndose un requisito de forma en esencial para la validez del pleito. La forma que tenía el bastanteo consistía en firmar los abogados a la espalda del mismo poder. En el caso de no estar conforme el letrado contrario con la calificación de bastante, debe ser llevado el poder al día siguiente al Tribunal en el que está pendiente el negocio para que el propio órgano se pronuncie sobre ésta condición de bastante.

Este criterio continuaba plenamente vigente cuando **Escolano de Arrieta** confecciona su "Práctica del Consejo". Al describir el trámite ordinario ("Fórmula General llamada La Ordinaria") para el seguimiento y sustanciación de los pleitos.

⁵⁷ A.CH.VA. Pérez Alonso, 3581-3

Es explícito en cuanto a la obligatoriedad de presentar el poder con la demanda. Son los escribanos los que deben examinar éste poder, y en el caso de que no sea bastante, les está prohibido admitir la demanda. Se basa el autor en un Auto Acordado del Consejo de 16 de Enero de 1692 por el que se mandaba a los Escribanos de Cámara no admitir peticiones sin que se presente con ellas poder bastante.⁵⁸

Una vez examinado el poder del procurador y dado por bastante, se debía hacer un traslado al proceso, no se guardaba el original que lo custodiaba el escribano⁵⁹

Aunque este epígrafe se refiere al poder que se presenta con la demanda y sus requisitos relativos a este momento procesal, no hay que olvidar, como ya se ha dicho, que la primera comparecencia en el pleito podía hacerse con una narración de los hechos al juez, lo que se demandaba, y a quien se demandaba, teniendo este acto oral valor de demanda, y lógicamente en estos casos no se presentaba poder alguno.

Ante ésta situación se podían producir **dos salidas procesales**:

- El demandante podía comprometerse a comparecer posteriormente con procurador presentando éste su poder, o bien ser requerido por el propio órgano para que lo hiciera⁶⁰ en un plazo prudencial. Incluso la parte contraria podía solicitar del juez, que se le requiriera con este fin, en los casos en los que se comparecía con procurador y no se aportaba el poder, se "juraba" presentarlo de inmediato.

⁵⁸ ESCOLANO DE ARRIETA, Práctica del Consejo Real, Pág 353.

⁵⁹ VER SUPRA 2.5.3

⁶⁰ Ante el Alcalde Mayor de ISCAR se resuelve en 1750 un pleito sobre reconocimiento de censo y pago de sus réditos. Las partes comparecen con Procurador, excepto Lázaro de Blás, que comparece personalmente, después de que se ejecutó y citó de remate, y después de hacer una serie de alegaciones, hace dejación de la tierra, que se admite en cuanto no perjudica al Estado de la causa. CH. VA. P.A. 3783-4

- El pleito se seguía sin la representación de procurador por ser de poca entidad o una reclamación de pequeña cuantía⁶¹, o en los casos en los que se iniciaba como un expediente no contencioso.

Lo dicho sobre apoderamiento a procurador para presentar la demanda vale para el demandado cuando ha de presentar su contestación. Al comparecer los demandados a presentar sus escrituras se debe tener en cuenta las mismas circunstancias que para la formulación de la demanda.⁶²

La práctica venía admitiendo que si el demandado era vecino del mismo lugar en el que se seguía el juicio, no se le debía obligar a dar poder a procurador, reservándose ésta obligación sólo para los casos en que se residiera en distinto pueblo; pero el hecho de que existieran procuradores examinados en muchos pueblos y ciudades, hizo que para una mayor seguridad en la entrega de los autos se exigiera a las partes que comparecisen apoderando a un representante “causídico”.⁶³ En realidad, el hábito de comparecer con procurador, habría que buscarlo en lo complejo que podía resultar el proceso y como consecuencia encomendar su seguimiento a personas expertas.

3.2.4. Contenido de la Demanda. La acción. Requisitos.

Para la Doctrina del Derecho Común, los objetos del Derecho eran tres: personas, cosas, y acciones. Para la formulación clásica del Derecho **la acción** era un medio de pedir en juicio,

⁶¹ Ante el Alcalde Mayor de Segovia, en 1764, Miguel Chamorro comparece sin Procurador y hace relación en la que explica que con otras 4 personas paga un censo perpetuo al Convento de Santa María, y habiendo pagado atrasos acciona contra los otros censatarios su recobro. A.H.P.S. J-1027/3. Y en el expediente de dominio seguido ante el Alcalde de Villavieja, las partes comparecen por sí mismas sin procurador. CHAN.VALL.P.A.2792-3

⁶² N.R. 224

⁶³ TAPIA 68

pero sobre todo era una consecuencia del ejercicio de un derecho privado: el derecho mismo en ejercicio⁶⁴. Esta posibilidad de utilizar un medio para pedir en juicio el reconocimiento de un derecho se plasmaba en la interposición de una demanda: era así el vehículo por el que se usaba " un medio legítimo para perseguir en juicio los derechos que competen a cada uno, tanto a la cosa como en la cosa"⁶⁵ o "el medio por el que pedimos en Justicia lo que es nuestro o se nos debe, si no se presta voluntariamente"⁶⁶. En las dos definiciones se comprende la acción como medio de ejercitar un Derecho; este ejercicio se plasmaba materialmente en la demanda como una petición dirigida a obtener un pronunciamiento sobre un conflicto derivado del ejercicio de los derechos privados.

Esta formulación doctrinal de la acción/demanda no se corresponde en la práctica jurídica ni en la legislación, salvo las disposiciones dispersas de carácter privatista que contienen **Las Partidas** y **Las Leyes de Toro**. En sí misma es una construcción doctrinal basada en categorías de Derecho Común, en la que el contenido de una demanda es la misma acción que se está ejercitando como consecuencia del propio derecho del que deriva como inherentes a la persona a quien pertenece y forma parte de su patrimonio. De esta manera se configura la demanda como el vehículo a través del cual se ejercita la "acción" que a su vez supone la puesta en marcha del proceso.

Una vez definida lo que es procesalmente una demanda, y de aproximarnos a su contenido, hay que analizar "cómo" una persona que quiera ejercitar un derecho por medio de una acción debe formular su demanda.

⁶⁴ PRIETRO CASTRO, Derecho Procesal Civil, Pág.89

⁶⁵ ALVAREZ, Instituciones del Derecho Real de España en el S. XVIII, Pág, 160.

⁶⁶ SALA Y BAÑULS, Instrucción del Derecho civil de España, Pág 120

Desde los primeros tratados de Derecho del Proceso influidos por el Derecho Común⁶⁷ la **forma** que ha de tener la demanda, y sus **requisitos** se han considerado como el núcleo central del estudio del momento inicial del proceso

En el **prólogo del Título 2 de la Partida 3**, se empieza diciendo que el demandante debe saber a quien dirige su demanda, qué quiere demandar, y ante quien debe hacer su demanda, en el tiempo que la hace, que derecho quiere ejercitar y finalmente la forma que debe tener la demanda.

La Nueva Recopilación (4.2.4.), recoge una ley dada en 1503 por los Reyes Católicos en Alcalá de Henares, donde se dispone que en la demanda se determine con certeza la petición del actor, especificando lo que pide: propiedad, posesión o ambos derechos; si se piden bienes raíces debe decir donde están y fijar los linderos (recoge a su vez una Ley de Partidas). En cuanto a los muebles y semovientes, se exige que se fijen los límites y las características. Las demandas que no contengan **la certeza o fijación de lo pedido**, pueden ser rechazadas. Aunque la ley dice que no se admitan y se rechacen "hasta que se pongan cierta", lo que en un principio puede interpretarse como la posibilidad de subsanar un defecto formal, no es así: la subsanación de un defecto en una petición documental debe llevar implícita dos circunstancias:

- Que el defecto sea de carácter formal y no afecte el fondo de la petición
- Y que el defecto no impida la admisión de la petición; consecuentemente la subsanación implica un acto de conocimiento y voluntad del juzgador, que admite el documento condicionando su efectividad a que se subsane el defecto.

La única excepción a la norma general de especificar lo que se pide es la de los **juicios universales** y los casos en que sea imposible la determinación, y siempre que se jure la

⁶⁷ "La Margarita de los Pleitos" de MARTINEZ DE ZAMORA, 1263

imposibilidad de saberlo.

La mayoría de los autores prácticos, cuando explican los requisitos que debe tener una demanda para su validez siguen la exposición del Derecho Común, para ello enumeran una serie de circunstancias que resumen en el siguiente **axioma**:

QUIS, QUID, CORAM QUO, QUE IURE PETATUR, ET A
QUO ORDINE CONFECTUS QUISQUE LIBELLUS HABET.

1º. Quien pide y a quien se pide.

La fijación de quien es la persona del demandante, se exige para saber si el que demandada es persona legítima para comparecer en juicio y no esta incurso en causa de incompatibilidades. La fijación de la identidad, circunstancia de la que los autores no mencionan nada, se hacía encabezando con el nombre y apellidos y la vecindad del que demandaba.

Normalmente las partes comparecientes se identifican con un solo apellido, aunque también pueden aparecer con los dos⁶⁸. Mientras que de las partes se hacen constar uno o dos apellidos, en los encabezamientos de los despachos librados por Alcaldes Mayores y Corregidores, se hace una prolija relación de apellidos, títulos y cargos. Los procuradores es frecuente que aparezcan con dos apellidos, lo mismo que los escribanos, aunque en los autos simplifican haciendo constar sólo un apellido: "Escribano: Monedero", "Escribano: Zamora".

La referencia a Oidores no es tan complicada como la de los Alcaldes, solo se les antepone " Señor Don" al nombre y dos apellidos, en la mayoría de los casos; algunas veces se le llama "licenciado". No se incluyen datos de filiación, únicamente referencias al estado civil

⁶⁸ Autos de Concurso de acreedores de los bienes de Pedro Gómez Chamorro, A.H.P.S. J-1188/2; Gabriel Pedril García, como apelante del auto definitivo de deshaucio y Bernardo Alaiza Ortega y Lara, Ch. VALL. P.A. 3782-3

en dos aspectos: **la edad y el matrimonio**. Así se hace constar la condición de menor edad (de menos de 25 años) y si se está sujeto o no a Curador⁶⁹; en el caso de que el demandado sea menor, se debe dirigir la acción contra el padre o tutor, en su defecto contra el Curador, y no teniéndolo se le debe nombrar⁷⁰. En cuanto al dato del matrimonio se hace referencia a esta circunstancia en los casos en que litigaba la mujer casada con autorización del marido para actuar en nombre de su conyuge. El nombre del marido aparecería algunas veces, sobre todo en el caso de que la mujer fuese viuda.⁷¹. En cualquier caso la mujer puede actuar por sí misma cuando litiga contra el marido en reclamación de su dote Tampoco era frecuente que apareciese en la primera parte de la demanda el lugar de naturaleza, aunque sí se hacía constar la vecindad de las personas. A los registros parroquiales se acudía para acreditar parentesco o premoriencias pero no para la personalidad de la que deriva la legitimación. La vecindad era una circunstancia procesal de la que derivaba la competencia del juez que tenía que conocer de la causa, de ahí que resultase un dato que se hacía constar en cuanto a la identificación de las partes procesales.

Vecinos son los que **viven y moran la mayor parte del año** con su familia en el pueblo y su término. Es el medio legal de establecer su domicilio, y de ahí el juez que puede conocer de la causa, siguiéndose para determinar la competencia el fuero del reo.

⁶⁹ "Andrés Ramos Barreno, en nombre de Angel Manso, vecino del lugar de Anaya de esta Jurisdicción, por sí y como tutor y curador, de la persona y bienes de María Ana Manso, natural de él e hija de Pedro Manso." A.P.S. J-1188/2.

"Manuel Diaz de Quiñones, en nombre de María Borregón, soltera, mayor de veinticinco años, no afecta a Curador[...]. Idem.

⁷⁰ BERNÍ Y CATALÁ , El Abogado Instruido, Pág. 93.

⁷¹ "Antonio García Vizcainos, en nombre de Manuel Cristobal Redondo, Manuel Palomo como marido y conjunta persona de Mª Antonia Redondo [...] vecinos todos del lugar de Aguasal de esta Jurisdicción (Olmedo) CHA. VA. P.A. 3782-4.

"Manuel Rodríguez Amurrio en nombre de María Gómez viuda [...] CHA. VA. P.A. 2791.

El término **vecino** implica la conexión entre una persona y un lugar; determina la participación en cargas o privilegios de un municipio, así como la sumisión a las leyes y tribunales del territorio de localización. Tenía por tanto la vecindad un doble carácter: el del control tributario y el factor de determinación de jurisdicción a afectos de realengo o señorios. El hecho cierto es que la condición de vecino de un municipio o lugar, unida al nombre y apellidos eran los únicos datos que servían para identificar a demandantes y demandados. Además, no sólo hace falta que en la demanda conste la vecindad del demandado a efectos de fijación de fuero, si no que también es necesario que conste el vecindario del actor a efecto de demanda reconvencional. Aquí la vecindad del actor/demandado **reconvencional** es determinante para fijar el fuero y la competencia.

Aunque el domicilio no es imprescindible en este momento procesal, conviene precisar que en los pedimentos procesales no se hacía constar el domicilio de los actuantes; no era necesario ya que la localización la hacía el escribano en su casa o habitación en las localidades pequeñas. En las ciudades, al exigirse la comparecencia en juicio por medio de procurador, el escribano, en caso de tener que hacer alguna diligencia en casa de alguna de las partes, testigos o peritos el procurador le conducía hasta el lugar concreto.

2º.- Cosa que se pretende y que debe contener la demanda

Como ya se ha dicho más arriba, la fijación del petitum se entiende como un requisito de esencialidad. En **Las Partidas** se motiva esta exigencia porque de otra manera no podría responder con certeza el demandado, ni el juez dar su sentencia⁷². Tanto las disposiciones de **Las Partidas** como las de **La Recopilación** son exhaustivas en regular las circunstancias que se

⁷² P.P. 26.2.3.

deben señalar para que los bienes reclamados queden bien fijados, delimitándolos e identificándolos. Para ello enumera los distintos bienes reclamables, objeto de obligaciones, según la doctrina clásica del Derecho Común:

-bienes raíces, localización y linderos, con expresión si lo que se pretende es la propiedad o la posesión. En éste caso se ha de hacer constar la fecha del despojo. En pleito tramitado entre 1708 y 1723 ante el Alcalde Mayor de Olmedo sobre evicción y saneamiento de la venta de unas tierras, al contestar a la demanda la parte demandada alega que la demanda no está puesta en tiempo y forma: en la demanda faltan por especificar cabida y linderos de las tierras [...] y el libelo conforme a derecho debe contener cosa cierta y no ser oscuro; la demanda debe ser repelida porque no especifica quien le desposeyó de sus tierras⁷³

-bienes muebles, se debe decir peso, calidad y cantidad; especie medida, color de la tela o paño y hechura si es vestido.

-los bienes semovientes se identifican por su naturaleza, sexo edad, color y especie.

-si lo reclamado es cofre o maleta cerrado y con contenido, no hay obligación de individualizarlo todo.

- en la misma situación está la reclamación genérica, sobre herencias, cuentas de bienes o daños.

- En el caso de que se demandase lugar, castillo, villa o aldea, debe nombrarse.

- si lo demandado es cosa de peso o medida, es bastante que se jure que no conoce con certeza, a cuanto asciende, con la condición de que a lo largo del pleito se aclarará⁷⁴

⁷³ CH.VA. P.A. Fe. 3782-4

⁷⁴ TAPIA, Ob. Cit. Págs. 50 y 51.
PP. 15 y 25.2.3.
N.R.4.2.4.
No.R. 4.3.11.

3º.- El nombre del Juez al que se acude.

El nombre del juez al que se le presenta la demanda es el dato que determina ante que juez se formula la demanda y en consecuencia se está interponiendo la acción. De esta determinación depende la fijación de la competencia y la jurisdicción, ya que el actor debe seguir el fuero del "reo", y demandarle ante el juez de su domicilio como competente para conocer de la reclamación: no debe ser condenado ni absuelto sino por aquel a cuya jurisdicción está sujeto. El error de este requisito posibilita al demandado para plantear la cuestión de competencia por jurisdicción declinatoria.⁷⁵

Teniendo en cuenta que el nombre del juez lo conoce el demandado por el emplazamiento o citación que se hace por orden suya, este mecanismo viene a suplir el nombrar al juez en la demanda,⁷⁶ observándose así en la práctica. Genéricamente se comparece ante "V.Md." ("Vuesa Merced"), y es el hecho material de la presentación del pedimento en un Oficio concreto de escribano adscrito a un Alcalde Mayor u Ordinario, o Corregidor, lo que está implícitamente señalando el juez ante el que se presenta la demanda. Únicamente puede dirigirse la demanda al Alcalde o Corregidor de una ciudad, pero en ningún caso se especifica el nombre de la persona. Por otra parte, el dirigir la demanda contra un juez concreto para que falle sobre una petición, supone por parte del demandante el reconocimiento de la jurisdicción. En la práctica nunca se nombraba al juez, sólo el cargo.⁷⁷

⁷⁵ TAPIA. Ob. Cit. Pág. 51.

⁷⁶ SALA. Ob. Cit. Pág 184

⁷⁷ En la práctica no se nombre al Juez, solo el tratamiento: VD, VMd. Excelentísimo, Alteza, o Majestad según el órgano. BERNI CATALA, Apuntamientos, Pág. 19.

4º.- El actor no debe pedir más de lo que se le debe.

Según **Las Partidas**⁷⁸ hay cuatro maneras en que los demandantes pueden excederse en su petición:

1- cuando se reclama más cuantía de lo que se debe, o lo que el demandado no está obligado a dar.

Esta posibilidad de excederse en la cuantía quedará desvirtuada al tener que juzgar el juez según la verdad resultante de los autos.⁷⁹

"que los jueces que conocieren de los pleitos, y los hubieren de librar, los determinen y juzguen, según la verdad que hallaren probada en los tales pleitos".⁸⁰

El mismo autor insiste en esta desvirtuación basándose en que en las peticiones se incluye una cláusula de estilo que salva la no fijación de la cuantía en la iniciación del pleito, posibilitando la justificación a lo largo del mismo:

"Salvo justa cuenta, protestando abonar lo que se justifique haber pagado el reo"

Por tanto, valdrá la sentencia en lo que se pruebe que se atiende a la verdad⁸¹; y en el caso de que se pidan también los frutos sin deberse, no se considerará la demanda defectuosa por

⁷⁸ P.P. 42.2.3.

⁷⁹ BERNI Y CATALÁ. Apuntamientos sobre Las Leyes de Partidas,3. Pág 20.

⁸⁰ N.R. 10.17.4.

⁸¹ PP 43.2.3.

exceso de la petición, ya que los frutos se consideran accesorios.⁸²

2º-cuando se pide más de lo que es justo por razón de la causa o manera. Es el supuesto en que la obligación del demandado consista en dar al actor de dos cosas la que el eligiere o señalara, y la elección la hace el demandante. En caso similar se estaría cuando la obligación fuese genérica y el demandante pretendiese cosa determinada.⁸³

Debe tenerse en cuenta el actuar engañoso en la constitución de las obligaciones para luego reclamar en juicio. En este caso, si el demandado puede probar el engaño, debe ser absuelto, y el actor no es objeto de pena si reconoce el engaño y se tiene por pagado.⁸⁴ Además, el engaño para obligar a pagar a alguien más de lo que debe es propiamente usura.⁸⁵

3º-Hay exceso de petición por razón del tiempo en dos casos:

a) cuando se formula demanda "en tiempo que no se debe", es decir, cuando se pide en el prohibido⁸⁶. No se puede poner demanda en días de fiesta ni llamar a los labradores en época de labranza o de cosecha.⁸⁷

Se deben tener en cuenta los días no feriados o las excepciones específicas por razón de la gravedad o de la urgencia: dación o remoción de tutela, petición de alimentos cuando el solicitante es indigente; dar a la viuda pobre posesión de los bienes del marido; justificación de la menor edad y apertura de testamento, entre otros supuestos.

⁸² TAPIA, Ob. Cit. Pág 52

⁸³ TAPIA. Ob. Cit. Pág. 52.

⁸⁴ PP 44.2.3.

⁸⁵ BERNI CATALA. Apuntamientos. Pág 20.

⁸⁶ Ibidem, Pág. 51.

⁸⁷ JORDAN DE ASSO, Instituciones, Pág 283.

Como se deduce de la enumeración a título informativo que hace **Tapia** (y que a su vez se remite a **PP 35.2.3.**), la supresión de la prohibición de actuar en pleitos civiles en días feriados, se refiere a reclamaciones específicas: son no contenciosas, y en ellas está latente una necesidad de resolver con urgencia una situación gravosa para personas especialmente desprotegidas a las que la demora en la actuación (el juez en muchos de estos supuestos puede actuar ex officio) puede causar un perjuicio.⁸⁸

b), Cuando se solicita el pago de una deuda dentro del plazo de su vencimiento, o de la condición estipulada: el demandante no debe ser oído antes de plazo al mismo tiempo que soporta las costas.⁸⁹ A esta regla también se admiten excepciones, como el empobrecimiento o la posibilidad de disipar legítimas, de perecer hipotecas: excepciones influidas por el mismo criterio que las enumeradas en el párrafo a): urgencia y necesidad.

4º Si se pide más de lo justo por razón del lugar. Son aquellos casos en que el demandado no está abligado a pagar o a entregar en aquel lugar en que se demanda, salvo que no se le encuentre en el lugar de su domicilio, en cuyo caso puede ser reconvenido del cumplimiento de la obligación en cualquier lugar que se le encuentre, para que el acreedor no pierda su deuda por su actividad maliciosa.

En el caso de demanda hecha en lugar distinto del que se debe, da origen a que el actor esté obligado a resarcir al demandado en el triple de los daños y perjuicios que le hubiese

⁸⁸ En los autos de inventario y concurso de acreedores formados a los bienes que quedaron a la muerte de Pedro Gomez Chamorro, del Lugar de Miguel Ibáñez y tramitados ante el Alcalde Mayor de Segovia entre 1772 y 1778, en la venta pública de sus bienes se especifica: "la cual dicha almoneda se hizo en tres dias de fiesta continuos, según constumbre". A.P.S. J-1188/12.

En los autos seguidos por denuncia de obra nueva ante el Alcalde Mayor de Zamora, y en su fase probatoria, se habilita un día para la práctica de la prueba pericial, a instancia de la parte que la propone por no poder comparecer el perito señalado en el día y hora que en principio el Juez había fijado. CHAN. VALLA. 2791-2.

⁸⁹ P.P. 45.2.3.

causado⁹⁰

En el caso de que el actor, al formular su demanda no tenga en cuenta estos requisitos, actuando por dolo, no por error, debe ser condenado en costas y perder la deuda principal, siempre que no modifique su demanda antes de la contestación o no se aparte de lo que pidió de más. Las consecuencias en los supuestos concretos son:

- cuando se pide más de lo que se debe, si hay fraude, pierde la deuda. Si no, sólo tiene que abonar los daños y costas que causó al demandado, o lo que reclamó en exceso, pudiéndose condenar al demandado en la cantidad que realmente debe.⁹¹

-el que pide antes de plazo no puede ser oído, y al juez le cabe la posibilidad de alargar el plazo.

- el que pide en otro lugar o excediéndose en el modo, debe pagar al demandado el triplo del daño causado.⁹²

Para el **Conde de la Cañada** , en evitación de más de una instancia para resolver un conflicto, el juez debe suplir los defectos, dictando sentencia como si el actor no hubiese hecho su petición defectuosa:

"persuade la verdad y buena fe que el juez supla tales defectos, concibiendo su sentencia en los mismos términos, en que lo haría si el actor no los hubiese padecido, y condenando al demandado a que restituya la cosa que había comprado, en menos de la mitad del justo precio"⁹³

⁹⁰ P.P. 45.2.3.

⁹¹ JORDAN DE ASSO, Instituciones, Pág. 283.

⁹² TAPIA Ob.Cit. pag. 53. nota a pie de página

⁹³ CONDE DE LA CAÑADA, Instituciones prácticas de los juicios civiles. T. 1, pag. 31.

5º Derecho y razón por la que reclama y documentos para obtenerla en juicio.-

El actor debe cuidar el valorar como puede probar en juicio lo que quiere demandar, en el caso de que la otra parte se lo niegue, utilizando para ello testigos y documentos.⁹⁴ Si de lo aportado se deduce que el actor no tiene acción para pedir, se le debe declarar que no es parte en el procedimiento. Cuando la tenga, si el demandado se la niega, puede ser considerado litigante de mala fe condenándole en costas,⁹⁵ aunque para ello deberá probar la parte demandada la excepción formulada

Estas costas se evitarían en el caso de que probase su derecho a pedir o en el caso de que los testigos sean posteriormente tachados. Todo se tramitará como un **artículo de previo pronunciamiento**.

Cuando dos personas demandan a otra, el juez debe oír en primer lugar al demandado en aquella demandada por la que se emplazó primero, y en el caso de que se les emplazase a un tiempo, debe escoger al que le parezca que tiene mejor derecho.⁹⁶ Esta elección del Juez, en base a criterios de derecho, supone en realidad una valoración de la petición inicial con carácter previo a lo que del propio pleito se deduzca.

La persona que presenta una demanda ante un juez, tiene que acompañarla de los documentos en los que está apoyado su derecho, si es que dispone de ellos. Ciertamente es el

⁹⁴ P.P. 39.2.3.

⁹⁵ A la demanda en caso de corte reclamando la viuda parte de los gananciales, contestan los demandados y herederos del marido con una excepción de falta de jurisdicción; se da traslado y alega la demandante que la pretensión contraria era dilatoria y maliciosa, [...], pidiendo que se mande contestar derechamente. Dado traslado, los demandados insisten en su petición. Visto por la Sala, por auto, **se mandó contestar derechamente a la demanda** CH.VA. P.A. 3558-1-

⁹⁶ JORDAN DE ASSO, Instituciones, pag. 283

momento de hacer la demanda aquel en el que deben acompañar estos medios de demostrar que la acción que se está ejercitando tiene una base real.

Sobre los documentos se hablará más concretamente al tratar la prueba documental, pero en lo que se refiere al hecho de su aportación material, ésta se hace en el momento inicial, conjuntamente con la demanda y el poder. Así en un pleito de tenuta aparece un certificado del cura de la iglesia de San Miguel de Madrid sobre la defunción del marido de la demandante y el documento original o ALVALÁ, de constitución del mayorazgo, fechado en 1426,⁹⁷ y un pleito sobre tutela de una menor, con la demanda y el poder, la actora presenta una certificación del acta del segundo matrimonio de la madre de la niña, hecho que es el motivo en el que basa su petición⁹⁸

6º.- Requisitos de forma. La estructuración de una demanda en base a los requisitos de su contenido, se plasma en la realidad formal de la petición. Cuando se habla de requisitos de forma deben ser valorados dentro del criterio general de formalidades en los pleitos⁹⁹. En la práctica se resume como una conveniencia que facilita la instrucción y conocimiento del juez y de las partes.

Siguiendo el esquema de los requisitos estructurales, deben considerarse como formalmente exigibles los siguientes datos:

-, nombre del juez, que en la práctica del período estudiado, se traduce en una invocación genérica de comparecer y decir ante el juzgador.

-nombre y vecindad civil del demandante y demandado a afectos identificativos.

⁹⁷ A.H.M. CONS. 30.074

⁹⁸ CHAN. VALL. P.A. 3325-1

⁹⁹ VER SUPRA 1.3.2.

-lo que se pide: cosa, cantidad, hechos.

-causa o razón por la que se pide.¹⁰⁰

Cómo se demanda en la práctica se deduce del contenido de los pleitos. Partiendo de que el primer requisito formal (nombre del juez) que mencionan los autores , se elimina en la práctica, veamos como se estructura formalmente una demanda.

Estructuración formal de la demanda

Se encabeza con el nombre de demandante o demandantes, ya comparezcan por sí o por procurador. Ante el Alcalde Ordinario se podía comparecer personalmente, pero ante Alcaldes Mayores y Corregidores, se hacía por procurador, aunque también se podía hacer la primera comparecencia personalmente y luego apoderar.

- Antonio Bachiller, vecino de Villacastín, ante Vmd. (Alcalde Ordinario), comparece y dice (CH.VA. P.A. Fe. 3782-3)
- Carlos Diego, en nombre y con la protesta de presentar poder caso necesario de Gregorio Calderón, Padre Granero y apoderado del monasterio de San Zoilo Extramuros de la Villa de Carrión, ante Vd. comparezco y digo. (CH.VA. P.A. Fe. 3581-3)
- Manuel Benavente, en nombre de Pedro Sobrino, Vecino de Fuente, como heredero de Pedro Sobrino, ante el Alcalde Mayor de Olmedo comparece y aporta poder(CH.VA. P.A. Fe. 3782-4)
- Antonio de Lezcano, en nombre de Cayetano de Prado, vecino del lugar de Cojeres, Jurisdicción de la Villa de Iscar, como marido y conjunta persona de Josefa Gómez, digo (CH.VA.P.A. Fe. 3783-4).

Como se ve, la identificación del demandante se suele limitar el nombre y apellido o apellidos, y el lugar de vecindad; salvo excepciones, la vecindad coincide con el lugar de

¹⁰⁰ GOMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 58.

naturaleza, ya que hay casos en los que expresamente se hace constar que es natural de..., estante en.... Salvo en aquellos casos en que la legitimación derive de relaciones matrimoniales o paterno filiales, aparece expresa la razón de parentesco, como marido, viuda, madre, tutor o curador. Al estar la capacidad de comparecer en juicio para limitada a las mujeres y a los menores de 25 años, las circunstancias de edad y matrimonio deben aparecer explícitas en la iniciación del pleito, tanto para que haga el juzgador la valoración de las modificaciones de la capacidad procesal, como para conocimiento del demandado y sus posteriores y posibles excepciones

Después de relacionar las circunstancias del actor, y "DECIR", se ha de hacer una narración de los hechos en que basa su petición:

"que en los treinta de noviembre del año pasado de setecientos noventa y cuatro, Blas Vazquez, vecino de esta villa se obligó con su persona y bienes habidos y por haber en debida forma, y por escritura guarentigia con fuerza de reconocida, a dar y entregar el citado Monasterio la cantidad de ladrillo de alzar, solar y jabonero, que necesite para la obra empezada, a los precios, con las condiciones y circunstancias estipuladas, en la contrata firmada de puño y letra de referido Blas Vazquez, que con la debida solemnidad presentó y juró con las cuentas y recibos a su continuación firmados por el mismo de las diferentes partidas de dinero, y otros efectos que se le han entregado en cuenta de la obra, de donde resulta que en los 18 de marzo del corriente año tiene percibidos de más 712 reales de vellón, sin embargo de lo cual, y de acreditarse de la sexta condición de la insinuada contrata, que para puntual cumplimiento de la obligación mencionada que comprende, haya de trabajar dicho Vazquez sin cesar, permitiéndoselo el tiempo, con las personas precisas y sin interrupción todo el año, de modo que por su culpa no padezca atraso la obra del monasterio, sujetándose a todos los daños y perjuicios a regulación del maestro de ella [...]"¹⁰¹.

Los hechos en los que se basa la demanda, deben narrarse sencilla y claramente, señalando la cosa que se pide de un modo cierto para que se pueda identificar, poniendo al demandado en su conocimiento a efectos de la contestación.¹⁰² En la práctica así ocurre, pues realmente en la demanda se hace una narración de los hechos sin que adquiera este escrito el carácter de

¹⁰¹ CH.VA. P.A. Fe. 3581-3

¹⁰² CASTRO, J.F. Discursos críticos, Pág.27

alegación jurídica.

En algunos casos, a los hechos siguen las razones de fondo:

"gravando el terreno que corresponde a mí parte con la expresada servidumbre, y otras contra la posesión, en que mí parte está de ser libre dicho terreno, y de la acción de prohibir al citado Diego la entrada con carros cargados[...]"¹⁰³

Las primeras y segundas alegaciones

Es importante valorar esas argumentaciones que aparecen en las demandas, y en general, en todas las alegaciones que se forman en la primera fase del pleito, que se llama precisamente de alegaciones. En primer lugar, llama la atención la escasa argumentación jurídico-legal y de referencia. Se utilizan axiomas y razones jurídico doctrinales, con muy poca referencia a leyes o jurisprudencia. Dentro de lo que estamos denominando fase de alegaciones (desde demanda hasta el auto o sentencia de recibimiento a prueba), se pueden ver dos tipos de alegaciones iniciales:

A) las de la demanda y contestación y en su caso reconvencción.

B) los escritos posteriores.

A) Los escritos iniciales. Se hace solamente una narración de los hechos, y la argumentación jurídica suele ser más escueta y sin vertebración.

B) Los escritos posteriores. En estas segundas alegaciones, que vienen a reflejar las iniciales se mantiene una estructura jurídica: **las razones**, aunque no se enumeran, sí se diferencian unas de otras, separándose por el término "**lo otro**", y gráficamente se distinguen por líneas transversales //.

¹⁰³ CH.VA. P.A. Fe. 2791-2

En este núcleo central de los escritos se habla de contratos y obligaciones, de otorgamiento de escrituras, facultades contenidas en el poder, agravios, valoración de declaraciones previas y requerimientos. Se menciona la justeza y nulidad de resoluciones judiciales de referencia, y de los títulos esgrimidos. Se toma la costumbre como base "no es costumbre deshauciar a nadie, no perjudica a mí parte no haber salido al desahucio"¹⁰⁴. Se argumenta por la malicia o la mala fe. Se habla de posibilidad indemnizatoria por daños dilatorios. De las intenciones de las partes "mi parte no se niega a liquidar ni a cortar a la acción de daños y perjuicios".¹⁰⁵ Se excepciona falta de jurisdicción en la contesatación, defectos de forma en la demanda, conforme a derecho "para que la acción de evicción competa al comprador, debe hacerse saber la existencia del pleito, antes de estar conclusos para que pruebe dentro del término de prueba".¹⁰⁶ Se mencionan ideas genéricas "la culpa siempre debe ser nociva al que le conste y no a terceros"¹⁰⁷. Se piden condenas de frutos y rentas, se alega la prescripción de acciones ejercidas y la transmisión hereditaria. Se exhiben títulos para usufructuar y arrendar; se habla de posesión natural y posesión civil; se excepciona la mala fundamentación de la demanda, la falta de legitimación activa y pasiva. Se formula el allanamiento a la petición; se pleitea por censos e hipotecas. Se intenta demostrar la propiedad, o la nulidad de una diligencia de deslinde. Se tiene en cuenta la condición de heredero, el apartarse de la dote o traerla a colación "por disposición de Derecho y terminante Ley Real", así como la premoriencia. Se

¹⁰⁴ CH.VA. P.A. Fe. 3782-3

¹⁰⁵ CH.VA. P.A. Fe. 3581-3

¹⁰⁶ CHAN. VALL. P.A. Fe. 3782-4

¹⁰⁷ Ibidem.

valora la herencia como juicio universal. "Son sutiles reparos las censuras que me objeta la contraria". Se apoyan las partes en la buena fe. "Es sentada práctica legal" y "se fundan no sólo en reglas de derecho sino en las que dicta la equidad". "Según la consentida regla de derecho de aquellos que a muchos toca, por todos se debe consentir y aprobar". Servidumbre, legalidad de las fianzas. Identificación de los bienes inmuebles, maliciosidad de las demandas. Basarse en derechos perpetuos. Valor de la sentencia compromisoria. Obligación de pago legítimo. Deuda cierta, líquida y determinada. Validez de las diligencias de ejecución del Juez de Comisión. Venta confesada y notoria con entrega de precio. Enervación de contrato. El consentimiento como perfección del contrato: la escritura no es sustancial.

Esa enumeración de alegaciones forma parte del núcleo del escrito alegatorio; la parte final la constituye el petitum: "PIDO". Petición que en cuanto a su contenido se puede desglosar en tres núcleos fundamentales:

1.- La admisión del pedimento.- En los escritos de demanda y contestación, la admisión implica la puesta en marcha de la mecánica procedimental, y aunque no se pida expresamente, en este momento la admisión supone que el demandante se constituye en parte.

2.-Que se resuelva conforme a lo pedido, con carácter genérico. No se concreta en el tramo final del escrito lo que exactamente se pide, simplemente se remite a lo alegado como toda petición formal.

3.-La práctica de diligencias como consecuencia de la admisión de lo alegado (que se libre despacho, que se dé comisión, que se recojan las diligencias).

Finalmente, de la estructuración general de los pedimentos iniciales alegatorios se puede establecer el siguiente esquema documental:

* encabezamiento con los datos personales.

* comparece y dice:

-narración de los hechos

-consecuentemente lo que se pretende.

* argumentos de hecho y de derecho en que se basa la petición.

* petición final que se remite a lo argumentado y a lo solicitado en la primera parte del documento.

En cuanto a la argumentación, en general, es de carácter lógico-jurídico, con referencias a los hechos y antecedentes más que a las leyes. Únicamente aparecen referencias doctrinales y sobre todo axiomáticas. En cuanto a **la causa o razón por que se pide**, **Berní y Catalá**¹⁰⁸ aclara a la ley de **Partidas 40.2.3.** que la razón se debe plantear como un silogismo: "en la [premisa] mayor el hecho claro, en la menor lo que se pide con la razón jurídica; en la consecuencia la reconvención extrajudicial, y consecuentemente se pide la condena". En la práctica, el contenido de la condena está implícita en la premisa mayor:

"Pedro Prieto [...] DIGO: que sin embargo de cuanto siniestra y voluntariamente expone y aduce, y desestimando la pretensión de su figurado derecho Vm. en justicia, y esta mediante se ha de servir declarar, que el mencionado Juan Blanco, ni tiene acción alguna ni le asiste el menor derecho a la parte que pretende que le toca por su difunta madre Matea Prieto, y que yo le estoy poseyendo y gozando pacíficamente, como mío propio y con justa causa y título por lo que debo ser mantenido y amparado en su posesión, dominio y pertenencia"¹⁰⁹

¹⁰⁸ BERNI Y CATALÁ, Apuntamientos, Pág.19.

¹⁰⁹ CH.VA. P.A. Fe. 2792-3

La parte de la demanda que más influye en la deliberación que ha de hacer el juez para fallar y que hace más fácil que pueda tomar la resolución acertada, consiste en que se exprese y se fije la causa o título de donde procede o nace la acción "porque determinándose el contrato o medio por donde se ha adquirido [la acción], más fácilmente lo pudiese después probar, y más de cierto puede ser dado juicio sobre ella" ¹¹⁰. Esta forma de pedir se consideraba como elemento fundamental de la demanda, y aunque las leyes reales removiesen las solemnidades de los juicios, para que se determinase sabida la verdad, "conteniéndose todavía en la demanda la cosa que el demandador entendió demandar"¹¹¹.

La conclusión de la demanda **es la que dá forma al juicio y determina la acción**, y es la parte dominante que debe atender en cualquier duda que haya entre la misma conclusión y la normativa del escrito¹¹². Corresponde a la parte la elección de la instancia que quiere promover, entendiéndose que la fija en la conclusión de su escrito. Pese a ello el juez no debe estar escrupulosamente vinculado por la conclusión de la demanda, pudiendo suplirla en beneficio de las partes, atendiendo a la verdad de lo que se pide y prueba.

3.2.5. La No modificabilidad de la demanda

Una vez contestado el pleito, no puede el actor sin consentimiento del demandado apartarse de él, añadir o enmendar la demanda en cosa sustancial, de tal modo que cambie la acción a otra distinta, pues para ello se necesita nueva demanda.¹¹³. Realmente no se admite la

¹¹⁰ CASTRO, Ob. Cit. Pág 27.

¹¹¹ N.R. 10.17.4.

¹¹² CASTRO, Ob. Cit. Pág. 28.

¹¹³ TAPIA. Ob. Cit. Pág 54.

modificación cuando la enmienda es tal que el demandado necesita valerse de nuevas excepciones y defensas, aunque el heredero o cesionario, en la réplica (respuesta a la contestación del demandado), puede declarar la acción, moderarla o aumentarla.¹¹⁴

Esta inmodificabilidad de la demanda en lo sustancial, es compatible con la petición alternativa, que sí se valora como un "petitum" específico. Para suplir esta posibilidad en las demandas se incluía una cláusula de estilo: "sobre lo cual le pongo formalmente la demanda".¹¹⁵ Deja abierta la intervención al heredero o cesionario para que en la réplica a la contestación del demandado pueda moderar la acción. Con ello, la réplica a lo excepcionado por el demandado tenía una justificación procesal más allá de la mera respuesta a los hechos, y es la fijación o concreción del contenido de la acción.

Tapia añade aún otra posibilidad más, que aunque queda fuera del momento procesal de alegaciones iniciales, afecta a la modificación del "petitum" (advirtiendo el autor que lo ha visto practicar en pleitos que siguió en la Corte, y es la posibilidad de hacer modificaciones en el **alegato de bien probado**), por lo justificado en la prueba, con citación de la contraria¹¹⁶. En realidad esta práctica a la que hace referencia **Tapia** se enmarca dentro del carácter de fijación de lo probado que tienen las alegaciones de bien probado, pero excediéndose de los límites impuestos por lo pedido en la demanda.

En este plano del acto procesal de iniciación, vuelve a emerger el problema de la supresión de formalidades, y la distinción entre partes esenciales (inmodificables) y no esenciales (modificables) de la demanda y el enfrentamiento entre los autores para fijar las no esenciales

¹¹⁴ HEVIA BOLANOS, Curia Filípica, Págs. 64 y 65.

¹¹⁵ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 54.

¹¹⁶ Ibidem, Pág. 55

en las formalidades del Derecho Romano, o también en el Derecho Real.¹¹⁷

Dentro de este contexto, se deben admitir como modificaciones a la demanda, algunas aclaraciones que hace el actor a solicitud del demandado para poder contestar a las partes del escrito que no están claras. Sólo **Tapia** hace referencia a esta posibilidad, sin que se base en otro autor o en leyes de **Partidas** o **Recopiladas**. Añade incluso, que una vez requerido el actor para que aclare estas partes oscuras, no le corre el término para contestar, con lo que está introduciendo un trámite procesal previo que no vincula al juzgador en tanto las partes no insten.

3.2.6. Cláusulas de estilo.

La influencia del Derecho romano-canónico en la configuración procesal, a la que hay que añadir el importante peso de la práctica forense, fue una vez más el factor determinante de la instalación de fórmulas estereotipadas. Fórmulas de “estilo” que estaban adaptadas perfectamente en la forma de escribir en Derecho de los letrados del S. XVIII, y muchas de las cuales se siguen utilizando actualmente en el medio procesal. Las cláusulas de estilo actuaban como un corrector de futuro para posibles contingencias no previstas.

Los autores consideran las cláusulas de estilo muy útiles, aunque no necesarias para la validez de las demandas, indudablemente por influencia de la ya mencionada Ley Recopilada (N.R. 10.17.4.) que da validez a lo ya decidido en juicio aunque falten solemnidades, salvo que las partes pidan expresamente que se guarden, con lo que adquieren validez de esenciales¹¹⁸. Y teniendo en cuenta que lo que es lícito para el actor lo es también para el demandado, parece que sería suficiente que lo pidiese sólo una de las partes.

¹¹⁷ Ibidem, Pág. 54, nº5.

¹¹⁸ Curia Filípica, Pág. 64.

Hay que tener en cuenta que la demanda puede ser rechazada por el juez en el caso de contener expresiones superfluas y citas de leyes y autores " porque está prohibido ésto a los Abogados"¹¹⁹. "lo que hacen [los Abogados y Procuradores] es escribir en los procesos, donde simplemente se puede poner el hecho de que use el derecho".¹²⁰

Siguiendo la exposición doctrinal clásica, estas **cláusulas de estilo** tendrían el siguiente orden:

1. "ante Vd. como mejor proceda en o haya lugar en derecho, comparezco y digo".

Con esta fórmula se pretende que la demanda valga siempre " en la forma que por derecho procede y se ha de intepretar y declarar el modo que sea más util al actor", para los pedimentos en que pretendan dos remedios, uno cierto y otro incierto se duda del competente.

2. "pongo demanda a Fulano sobre tal cosa". Más que una cláusula de estilo es una determinación esencial: se deben expresar los nombres del actor, del demandado y la cosa que se pretende. La falta de estos requisitos puede dar lugar a la no admisión de la demanda.¹²¹

En el Derecho Común (**Baldo**), ésta cláusula tenía el efecto de suplir la conclusión de la demanda, en el caso de que no se incluyese en el libelo.¹²² Se considera que según el Derecho Real no era necesaria, pues sin que haya conclusión en la demanda y aunque no se diga "pido se condene", vale con sólo decir la cosa que se pide.¹²³

¹¹⁹ N.R. 4.16.4.
No.R. 1.4.11.

¹²⁰ TAPIA, Ob. Cit. Pág.56

¹²¹ P.P. 40.2.3.

¹²² HEVIA BOLAÑOS, "Curia". Pág.62

¹²³ aunque [faltare] algunas que en demanda deben de ser puestas según la sutileza de Derecho N.R. 10.17.4.

3. **"y aunque varias veces le requerí extrajudicialmente me pagase o hiciese tal cosa, no lo puedo conseguir sin contienda de juicio"**. Esta cláusula debe introducirse después de narrado el hecho y acción y que sea necesaria su utilidad, y vá dirigida a obtener la condena en costas de la parte que se demanda (las originadas entes de la primera citación)¹²⁴. Reconociéndose como promesa para que pueda imponerse esta condena. No es preceptiva, mientras que la condena en costas sí lo es aunque el actor no lo pida¹²⁵

4. **"pido a Vd. habida mi relación por verdadera en la parte que baste"**. Esta cláusula está inspirada en una **Ley de Partida** (42.2.3.), que a su vez está dirigida a limitar el contenido de la demanda, para evitar que se demanden cosas superfluas, tantas que no se puedan probar. Pese a las opiniones en contra, es válido todo aquello que se demande y se pruebe, y que el juez sentenciará al demandado, en tanto cuanto está probado contra él, dándole por libre de lo que no se pudo probar. La idea es que sobre el contenido del petitum se puede fallar en cuanto se ha probado (aunque no se pruebe todo lo demandado), lo suficiente para poder dar sentencia condenatoria contra el demandado por lo probado, y absolutoria en lo no probado pagándole el actor las costas al demandado que sobre lo no probado hizo¹²⁶.

Con la cláusula "de relación por verdadera en la parte que baste", queda delimitado lo pedido a lo que del pleito resulte.

5. **"a Vd. suplico se sirva condenar a dicho fulano a que dé o pague tal cosa"**. Parece una expresión esencial a toda demanda: pedir al órgano al que se dirige el actor que condene a

¹²⁴ HEVIA BOLAÑOS, Curia, Pág. 63

¹²⁵ Ibidem.

¹²⁶ Ibidem.

algo concreto al demandado. También tenía otra finalidad y era evitar la incongruencia entre lo alegado y lo pedido " [...] es muy conveniente para que la sentencia se arregle a la conclusión, en caso de que en ella pretenda una cosa y en el principio de la demanda refiera otra".¹²⁷ Así al Juzgador se le facilita la decisión en cuanto a la fijación de lo pedido: este acto depende del actor (o demandado en la reconvencción), por lo que se debe atener a esta conclusión. "Si se narra uno y se concluye otro, se ha de estar a la conclusión y no a la narrativa".¹²⁸ Según el Derecho Real no aparece como necesaria, pero según todos los autores es indiscutible su utilidad.

6. **"pues así es justicia que pido"**. De lo que se dice, y del lugar del libelo en que normalmente se situa (al final de la petición), parece que se invoca a la Justicia, con carácter genérico como un fin último del proceso en sí mismo. Por todo lo que ha contado, razonado y pedido, se pide que se haga lo justo. Es la interpretación desde una perspectiva actual, pero no es la misma para la doctrina. **Hevia Bolaños**, piensa que con esta cláusula se implora el oficio de juez, pudiéndose condenar de oficio aunque la parte no lo pida (se remite a **Acevedo**, "Proemium"). Además, sirve para salvar la diferencia entre narrativa y conclusión, ya que narrándose lo contrario de lo que se concluye, se ha de estar a la conclusión, pero con la cláusula **"pido justicia"**, se ha de estar también a lo narrado, " y por obrar muchos efectos esta cláusula, nunca se de ha de omitir"¹²⁹, ya que es útil, necesaria y sustancial.¹³⁰ pues puede suplir los defectos de la demanda. En consecuencia, se estan refiriendo a la aplicación de lo justo : actuación del juez ex officio, justificándose por qué por el hecho de pedir justicia, hay una intención de llegar

¹²⁷ TAPIA, Ob. Cit. Pág.56.

¹²⁸ HEVIA BOLAÑOS, Curia, Pág.64.

¹²⁹ Ibidem.

¹³⁰ TAPIA, Ob. Cit. Pág.56.

a un acuerdo y someterse a lo que dispone el Derecho.

7. "**a cuyo fin imploro el noble oficio de VMd.**". Dice **Hevia Bolaños**¹³¹ que a fines del XVIII, ya no se utiliza en la práctica, pero piensa que al implorar que el Juez actúe de oficio viene a suplir los vicios o defectos de la acción. Para **Tapia**¹³² al incluirse esta cláusula e implorarse el oficio del juez, entran en conflicto el ejercicio de la potestad de oficio, y la autoridad del juez a la utilidad privada. Podía estar latente el viejo conflicto de origen altomedieval entre **justicia privada-justicia pública**, y por lo tanto podía perecer que con esta fórmula se pide la intervención del juez en un conflicto privado, cuando realmente lo que ocurre es que el juez actúa ex oficio, aunque sea a instancia de parte, siempre en el uso de una potestad jurisdiccional que le confiere el propio monarca.¹³³

8. "**juro lo necesario**" y "**juro no ser de malicia**". Tenía esta fórmula un carácter tan fundamental, sobre todo en las causas arduas, que si se omitía y el contrario opone su falta como defecto, no valdría la demanda, pues el juramento excluye la presunción de que la demanda es maliciosa.

En **Las Partidas**¹³⁴, se remite al juramento que han de tomar los jueces al demandante y al demandado una vez iniciado el pleito por demanda y por respuesta; la llama jura de premia, porque si el demandante no la quiere hacer se debe dar por libre al demandado. (en el caso del demandado rebelde en que lógicamente no puede hacer la jura se le debe dar por vencido)

¹³¹ Curia Filipica, Pág. 64.

¹³² Ob. Cit. Pág 56

¹³³ VER SUPRA 1.5.1.

¹³⁴ 23.11.3.

Aunque el juramento desvirtúa la presunción de que se actúa de malicia,¹³⁵ no lo consideran imprescindible los autores, sino es que la parte contraria lo pida, no viciando su falta al valor de la demanda. Se puede hacer antes o después de la contestación. Este mismo autor considera viable el juramento hecho por el Procurador que lo ha de hacer "no solo en ánimo de su parte, sino en la suya también".

La Recopilación recoge una Ley de Las Ordenanzas de Madrid de 1502 (1.6.4.) en la que se obliga a jurar de calumnia a las partes antes de dar "sentencia de prueba" sobre todo lo dicho y alegado.

El por qué de esta presunción de malicia (que solo se desvirtúa por el juramento), habría que buscarla en los motivos del legislador al introducir el juramento como un requisito esencial que dá valor de cierto a lo alegado "para que los hombres anden a los pleitos más derechamente y más con verdad". Parece que la intención es evitar los pleitos a los que aleguen hechos inciertos para fijar las peticiones como ciertas y verdaderas y evitar reclamaciones infundadas que tendrían su origen en rencillas y en la búsqueda de venganzas.

9. "las costas protesto". Afecta esta fórmula sólo a las costas causadas antes de la contestación, a las que no se podía condenar sin esta advertencia previa. La condena en las costas generadas a lo largo del pleito tiene otro carácter; aquí cabe solo la referencia a los gastos que haya tenido la demandante como imprescindibles para poder materializar la formulación de la demanda.

Si se hace una lectura de todas estas cláusulas de estilo, se obtiene una narración de lo que es formal y sustancialmente una demanda:

Se comparece ante el Juez para decir que se pone demanda a

¹³⁵ HEVIA BOLAÑOS, Curia Filípica, Pág. 64.

alguien sobre determinada cosa, después de haberle requerido varias veces antes. Se pide que lo que ha contado se tenga por verdadero, y que se condene a la persona a que pague, dé o haga; porque lo que pide es justicia, implora al juez su oficio, jurando que no actúa maliciosamente, y pidiendo las costas que todo lo que ha tenido que hacer le han generado.

Se comparece ante el juez pidiendo algo contra alguien, al que ya se la ha reclamado anteriormente, y además porque es cierto. Se pide que se le condene porque es justicia, ya que ese es el oficio del juez, además porque no se actúa con malicia. A este compareciente-demandador se le deben abonar los gastos que le haya supuesto presentarse ante el juez para formular la demanda (que al ser procesales o implicarse en el proceso se convierten en costas). Como se vé la estructura lógico-procesal está detrás de las fórmulas. En esta medida habría que entender las cláusulas de estilo como una **abstracción** de la mecánica procesal, que viene a convertirse en un refuerzo de lo que se quiere decir cuando se ejercita la acción por medio de la demanda.

3.2.7. La Cuestión de la supresión de solemnidades.

En el último tramo del periodo del Antiguo Régimen, estaba abierta la polémica entre Derecho Común y Derecho Real. En este contexto, se imputaba a la influencia del Derecho Canónico y del Derecho Romano el innegable hecho de la complicación de los pleitos, pues las formas rígidas impuestas al proceso hacían de él un sistema complejo y poco eficaz. A ello vino a sumarse la práctica con su hacer viciado y complicado, lo que hace más evidente que el exceso de las formas rituarías se había convertido en uno de los obstáculos principales para que los

pleitos resultasen un medio de resolver los conflictos.

La controvertida Ley 10.17.4. de la **Nueva Recopilación**, que está fechada en 1385, durante el reinado de Alfonso XI en Alcalá dió lugar a interpretaciones variadas sobre el problema de las solemnidades en los pleitos. La disposición está motivada **para evitar las nulidades de los pleitos**, incluso ya apelados, en base a defectos que en un principio parecen de forma:

- la demanda no está puesta por escrito, aunque esté asentada en el proceso
- no está bien formada como manda el derecho
- desfallece en lo pedido
- desfallece en cosas que son de la solemnidad y sustancia del orden de los juicios.

Todo ello da lugar a que los pleitos se alarguen causando perjuicio a las partes por innecesarias nulidades. Lo que la ley viene a establecer es que son los jueces que conocen los pleitos los tienen que juzgar y fallar según la verdad que encuentren probada, siendo válidas sus sentencias, aunque:

- la demanda aparezca sentada en el proceso, sin haberse dado por escrito
- falte en la demanda el pedimento o algunas de las cosas que deban ser puestas según la

sutileza del derecho.

- que no se haya hecho juramento de calumnia aunque esté pedido
- que la sentencia no fué leída por el Alcalde
- que desfallezcan las otras solemnidades y sustancia del orden de los juicios.

El fallo lo tomará el juez siempre que se contenga en la demanda la cosa que se pide, y estando hallada y probada la verdad de los hechos a lo largo del proceso.

A los jueces se les deja la discrecionalidad de exigir ciertos requisitos cuando las partes

así lo pidan. Finalmente se limita la nulidad de lo actuado en aquellos supuestos en que las partes piden expresamente que se guarde **substancia** de juicios y no se hace así.

A esta “extravagante” y controvertida ley se le pueden hacer algunas **observaciones**:

1º.-, aparece en un momento muy concreto del Derecho Castellano (finales del siglo XIV), por lo que su valoración debe hacerse en ese contexto histórico. Es dudoso que tuviese la misma vigencia en el S.XVIII pues la situación en parte se había modificado, o al menos se habían modificado algunas conductas procesales que habían sido la causa de que se promulgase : el criterio de los tribunales se fué haciendo más dúctil y más flexible en cuanto a las formalidades que no suponían una alteración de fondo procesal.

2º.- En cuanto a su aplicabilidad, es difícil de fijar por la ausencia de motivación en las sentencias y autos definitivos. Al no estar motivadas la resoluciones que ponen fin al pleito es difícil rastrear la valoración que hace el juzgador de lo actuado. La constancia práctica habría que buscarla en el desarrollo de la mecánica procesal.

3º.-En lo que se refiere al fondo, la ley está influida por criterios prácticos y sensatos, pero que se contradicen con los principios de escritura y formalistas que influyen el Derecho Común.

Opinión de los autores:

- El reformador de Febrero, piensa que la Ley se refiere a las formalidades o sutilezas prescritas por Derecho Romano, y no a las solemnidades que según la Leyes Reales deben intervenir en los juicios.

-Su editor, piensa que se refiere el contenido de la ley a todas la solemnidades, incluso las de derecho Real.

-Tapia, piensa que se dan en la práctica, en la doctrina y en la legislación mucha importancia a las fórmulas inútiles:

" ¿de que servirá implorar el noble oficio de juez cuando éste tiene la obligación de administrar Justicia, y le está mandado por la Ley que así lo haga atendida la verdad, supliendo la falta que pueda haber de posibles formalidades?"¹³⁶

-El Conde de la Cañada, cree que pese a esta ley se mantienen las cosas esenciales, y reconoce el valor y la eficacia que dan las Leyes Reales a la verdad y la buena fe:

" para que sean atendidas como primer objeto de los juicios siguiendo las intenciones de la partes sin embargo de algunas formalidades, que aunque se establecieron para explicar y conocer mejor las instancias no deben convertirse en menosprecio de los juicios y en daño de los mismos interesados"¹³⁷

La conclusión a la que llegan **Tapia** y el **Conde de la Cañada** es coincidente: las cláusulas que se incluyen en los escritos no tienen más valor que el práctico, teniendo en cuenta que las leyes Reales son más justas y prácticas que la doctrina.

"Los autores demasiado adictos al Derecho Romano han querido trasladar al nuestro toda la minuciosidad y rigidez de las fórmulas civiles, sin considerar que nuestras leyes, más equitativas y filosóficas en esta parte, atienden más bien al fondo de las cosas que a las meras palabras, para que se administre la justicia debidamente, así como desterraron también aquellas sutilezas de las antiguas estipulaciones tan contrarias a la sana razón"¹³⁸

¹³⁶ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 56, nota pie de página

¹³⁷ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág 31

¹³⁸ TAPIA, Ob. Cit. nota a la página 56-57-

En conclusión, la controversia suscitada, tiene su enfoque clave en la valoración de cuales son **las solemnidades y sustancia en el orden de los juicios**, que se hacen por los autores . Lo que sí parece como cierto, es que a fines del siglo XVIII las cláusulas de estilo en las demandas se valoraban muy relativamente, como formas prácticas únicamente, sin ningún caracter de esencialidad. La controversia seguiría abierta en cuanto a otros requisitos de forma en el proceso para cuya supresión ni jueces ni doctrina se manifestaban conformes.

3.2.8.Sobre el Juramento. Es el llamado juramento de calumnia o creencia, " invocación tácita o expresa del nombre de Dios, como verdad primera e infalible"¹³⁹, y es distinto del juramento de decir verdad y del decisorio del pleito en fase probatoria. Deben hacerlo el actor o el reo al principio del pleito o después en todas la causas, no sólo en las civiles, sino también en criminales, mixtas. aclesiásticas, ya sea en primera o en segunda instancia, procediendo sumaria o plenariamente.

El contenido del juramento del actor es **afirmar que inicia el pleito porque cree que le asiste la justicia y que en su prosecución actuará de buena fé, y sin cometer engaño, molestar o calumniar al reo.** El demandado en las excepciones y defensas que utilice lo hará en los mismos términos. El juez mandará hacer este juramento a las partes después de contestado el pleito, siempre que se pidan el uno al otro: en este caso, el juramento si que es sustancia del pleito. El no cumplimiento de esta exigencia de la parte demandada por el juez, por dos veces, deviene en nulo el proceso, con condena en costas para el juez.

En el caso en que la parte no pida que la contraria jure, no convierte en nulo lo actuado.

En la práctica es raro que el juramento se pida expresamente, supliéndose su cometido

¹³⁹ Ibidem, en pág.

con la cláusula "juro lo necesario", debiéndose suprimir para evitar perjuicios, aunque se impuso como una medida práctica, para que los litigantes no oculten la verdad ¹⁴⁰

Las partes deben hacer el juramento sobre cinco cosas, que es lo mismo que los "dedos de la mano": 1), que creen tener justicia o buena causa. 2), que dirán la verdad llanamente cuantas veces se les pregunte. 3), que no han prometido, ni prometerán, ni han dado ni darán ninguna cosa al juez o al escribano del pleito, más allá de lo que deben darle por razón de su trabajo. 4), que no utilizarán pruebas y excepciones falsas o fraudulentas. 5), que no pedirán actuaciones para dilatar maliciosamente el pleito en perjuicio del contrario.¹⁴¹

Los procuradores y apoderados pueden hacer el juramento sin poder especial, no necesitando hacerlo los representantes legales de menores e insituaciones.

Distinto es el juramento de malicia, que se hace no sobre toda la causa, sino sobre artículos o excepciones antes o después de contestada la demandada, cuando se presume que el colitigante actúa maliciosamente. A diferencia del de calumnia puede pedirse antes de contestado el pleito, y tantas veces como se presuma mala fe en la contraria, aunque sólo sobre excepciones o cuestiones particulares, y no sobre el objeto total del pleito. En cuanto a la práctica este juramento no es frecuente encontrarlo en los pleitos. Si existen declaraciones juradas como preparación a la ejecución, pero lo que implica el juramento referido: reconocer bajo juramento que no se actúa maliciosamente, no se practicaba a fines del siglo XVIII.

3.2.9. Los Formularios. En los autores jurídicos del S.XVIII predomina una intención práctica sobre la teoría. Tendencia doctrinal que comienza en el S.XVI, llega a tener en este

¹⁴⁰ TAPIA, Ob. Cit. Pág.58

¹⁴¹ PARTIDAS. 23.11.3.

momento mayor número de exponentes. Sus autores son juristas cuya actividad principal se desarrolla en el medio forense y las obras están dirigidas a un mejor manejo del proceso y su ejercicio. Conscientes de las dificultades que la práctica procesal lleva aparejada, es este el motivo de sus obras tal como declaran en sus prólogos.

"su objeto [de la práctica forense] no es otra cosa que enseñar a administrar rectamente la justicia en nuestros tribunales, a hacer valer en ellos los derechos de los ciudadanos: el prescribirnos el mejor método de proponer a los jueces con claridad y energía sus acciones, y excepciones en sus recursos [...] de modo que mediante los trámites y procedimientos que ella enseña, se consiga una reparación la mas acertada, pronta y llevadera de los perjuicios o daños que por desgracia haya irrogado un ciudadano a otro en su persona, honor o bienes, que es la inapreciable ventaja que la sociedad principalmente nos procura"¹⁴²

Realmente se puede considerar que existen dos tendencias entre los autores:

a) autores teórico-prácticos, con su visión crítica del mundo del derecho que escriben en un intento de facilitar el ejercicio de la Administración de Justicia, para los componentes de los tribunales y para los que se dirigen a ellos. Parten de la base que el mundo del proceso es intrincado y la aplicación de las leyes complicada.

b) los meramente prácticos, que dirijían su obra a facilitar el aprendizaje de los profesionales del foro Escribanos, Procuradores, Abogados, incluso Jueces.

En la mayoría de los casos se mezclan construcciones teóricas con consejos prácticos; otras veces, se facilita el modelo procesal a seguir y a continuación se hace un comentario. En otros casos dividen la obra en dos partes, la teórica y la práctica. En los primeros hay que buscar

¹⁴² GÓMEZ NEGRO, Elementos de práctica forense, pág. 3.

las fórmulas iniciales del proceso de entre la disertación doctrinal.

Veamos algunos de los más significativos:

Elizondo. Formula primero un modelo de demanda muy simple ante el juez inferior:

"F en nombre de N. de quien presento Poder en debida forma, ante V. como más haya lugar en Derecho, digo, que F. trató con mí parte (aquí el hecho), sobre cuyo cumplimiento le pongo demanda en forma, y V. en justicia se ha de servir de condenarle a él: que así se ha de hacer por lo general, favorable y siguiente. "Se alega"

A V. pido, y suplico, que habiendo por presentado el Poder, y admitiéndome esta demanda, se sirva condenar el referido F. a su cumplimiento: Pido justicia, costas, juro,"

A continuación se dicta Auto (que no incluye en el formulario, por lo que hay que pensar que su obra no va dirigida a los miembros de los Tribunales) y el traslado; y el autor hace una serie de consideraciones sobre requisitos y contenido de la demandada, que enumera. Contiene referencias legales: Partidas y Recopilación, y Doctrinales: Menochio, Acevedo, Carleval, Castillo.

Juan y Colom, comienza haciendo comentarios doctrinales con refencia a Las Partidas y La Recopilación, no a la doctrina, para después incluir un modelo de demanda que llama "pedimento de demanda por declaración":

"F de tal, vecino de tal parte, parezco ante Vmd. y como más haya lugar en Derecho digo: que N vecino de esta Ciudad o Villa se obligó a pagarme, dar, hacer o cumprime tal y tal cosa por tal razón, y habiéndole requerido repetidas veces para su cumplimiento, no lo he podido conseguir:: Por lo que Vmd. pido y suplico mande comparecer ente sí al dicho N, y que jure y declare al tenor de este pedimento clara y abiertamente conforme a la ley, y baxo la pena de ella; y constando por su declaración de lo referido en la parte que baste, se sirva Vmd. condenarle a que me dé, paga, o cumpla la dicha tal y tal cosa; que así proceda de Justicia que pido, con costas: juro en forma y para ello,

Juan Muñoz, después de una pequeña introducción muy simple incluye un demanda muy elemental.

"Fulano, hijo y heredero de Fulano, y fulana mis padres ya difuntos, vecinos que fueron de esta ciudad, por mi procurador, demando ante v.m. a fulano, vecino de esta ciudad, una viña que está en el pago de tal parte, linde con fulano, y fulano, y haciendo relación, digo:"

Martínez Salazar, su obra es un auténtico formulario, claramente escrita por un Escribano; sus modelos se refieren a las actuaciones de las partes y a las del órgano.

" Fulano en nombre de Fulano, y en virtud de su Poder, de que presento copia, o Testimonio, ante V.Md., parezco, y digo: que Fulano falleció bajo de tal disposición, otorgada tal día, por la que a mí Parte nombró por su Universal heredero; y así mismo declaró le pertenecían diferentes efectos, y débitos; y entre ellas, unas casas, sitas en tal parte, las que compró el mismo Fulano, como consta de Escritura, que a su favor otorgó Fulano, en tal día, que también presento: y es así, como en el transcurso del tiempo, y con motivo de haber estado mi parte ausente, en servicio de su Majestad, se halla intruso en la posesión de las mismas casas Fulano, sin que para ello tenga Título ni Documento alguno; y siendo, como es, en grave perjuicio de mi parte: Súplico a Vmd. se sirva haber por presentados los nominados Instrumentos ; y en su consecuencia, mandar se dé a mi parte la posesión de dichas casas; y que el nominado Fulano satisfaga los alquileres que han debido producir en el tiempo que las ha poseído, y apremiándole a ello en caso necesario, que es Justicia que pido, costas."

Berní y Catalá, En una línea muy simplista, con visos de utilidad, emplea un modelo muy simplificado, con consideraciones doctrinales sin referencias a leyes recopiladas y escasas a los autores.

" F. vecino de tal parte como más haya lugar en derecho parezco, i digo; Que S vecino de la misma por tal razón, está obligado a darme tal cosa, i como le haya reconvenido extrajudicialmente para su obtento sin poderlo conseguir, Por tanto. A usted suplico se sirva mandar al citado S. que dentro de nueve días me dé. i entregue dicha cosa, con apercibimiento de lo que huviere lugar en justicia, que es lo con costas, pido, juro."

Gómez Negro, autor mucho más crítico, coloca sus fórmulas al final de la obra. Hace una enumeración de juicios especiales muy útil para conocer la diversidad de procedimientos.

" F. de tal, vecino de tal, ante V. como más haya lugar en derecho, digo, que en virtud de tal instrumento que presento, y juro a mí pertenece en pleno dominio y propiedad tal finca, de tales circunstancias, y los otros linderos &c. la cual sin derecho alguno está detentando F., y sin embargo de haberle reconvenido extrajudicialmente para su entrega, no lo ha querido hacer; por lo que a V. suplico que admitiéndome esta demanda, y constando ser cierta en tal modo o parte que baste, se sirva declarar que tal finca me toca y pertenece, y en su consecuencia condenar al expresado F. a que dejándola libre y desembarazada, me la restituya con todos los frutos y rentas habidas y por haber desde su injusta detentación; y así mismo en las costas; pues si para todo fuese necesaria, o más útil otra demanda, la doy aquí por expresa con protestad de corregirla y enmendarla siempre que a mí derecho convenga, por ser justicia que pido juro &c."

Tapia, Sigue un esquema procesal exhaustivo con todas las actuaciones, las de la parte

y las del órgano

3.2.10. Demanda de Jactancia.

Existía en el sistema procesal vigente el siglo XVIII, pero que arrancaba de la recepción del Derecho Común. Era una forma especial de empezar un pleito, que aunque se denominaba "demanda" de jactancia no era una demanda propiamente dicha. Dice la ley 46.2.3. de **Las Partidas**, que en aquellos casos en que alguien habla de otra persona imputándole algo incorrecto, puede acudir al Juez del lugar, para que obligue al que habló a que haga demanda sobre ello en juicio, y que las pruebe o que se desdiga de ellas, y que le haga tal enmienda como el juzgador entienda que se necesita. Si no compareciere y se constituyese rebelde, el demandado de jactancia queda libre.

En la demanda, el actor de jactancia dice que ha tenido noticia que alguien persona concreta de la vecindad, "anda jactándose" de tener que poner a mi parte pleito sobre alguna cuestión, y como no es justo que continúe semejante jactancia, pide: que se le admita información que ofrece, y una vez dada, se mande hacer saber el referido, para que dentro del breve y perentorio término que se le señale, use de su derecho; y apercibiéndole que en caso contrario se le impondrá perpetuo silencio¹⁴³.

Juan y Colom¹⁴⁴, fija más allá del ámbito civil la posibilidad de interponer demanda de jactancia, ya que se puede intentar contra el que "vá publicando tener derechos o acciones criminales contra otro". En el modelo de demanda que incluye hace mención a la **difamación**, por la que se le sigue notable perjuicio; incluye también la petición de información sumaria por

¹⁴³ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 311.

¹⁴⁴ JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pág. 102.

medio de testigos, y que la información se le notifique al demandado, fija el plazo de nueve días para que deduzcan los derechos y acciones que pretenden tener contra el actor: se le ha de apercebir que una vez pasado el término" se le impondrá silencio perpetuo y callamiento perdurable en razón de cualesquiera acciones, derechos pretensiones que contra mí pueda y pretenda tener"¹⁴⁵.

Sin dar traslado de la solicitud se manda dar la información, y si de las declaraciones se deduce la jactancia, se dá traslado al jactancioso, para que en nueve días deduzca la pretensión que se le exige.

Estas actuaciones procesales que los autores llaman de jactancia están a medio camino entre un expediente no contencioso y las diligencias preliminares de preparación al juicio. Realmente no es una demanda en sentido estricto porque no contiene alguno de sus requisitos esenciales:

- no se ejercita una acción propiamente dicha
- no se pone en marcha la mecánica procesal dirigida a obtener una resolución judicial de fondo.

Tampoco es exactamente una preparación para el juicio, ya que la instancia se deja a la voluntad del "demandado jactancioso", de forma que si no actúa se dá firmeza a la situación de fondo, impidiéndoles que interponga reclamaciones judiciales posteriores. Realmente, el contenido de la petición, que no demanda propiamente dicha y para lo que se pide la intervención judicial es la provocación de un pleito, para fijar y aclarar una situación de hecho que se pone en duda. Las posibilidades de resolver esta situación son dos:

- en el caso de que el jactancioso no comparezca al llamamiento judicial, se le impide

¹⁴⁵ Idem

litigar sobre el fondo y se declaran legítimos los hechos o la situación puesta en duda, en base a la información sumaria obtenida.

-si comparece el demandado, puede pedir los autos que se le deben entregar para que pueda formular su demanda, que debe llevar firma de letrado, y que debe tener estructura de demanda:

" Juan Blanco, vecino de esta villa, en las diligencias practicadas a instancia de Pedro Prieto mi tio y convecino, como más haya lugar en derecho, DIGO que se me ha conferido traslado de un escrito presentado por dicho Prieto en el que solicita muestre con otros mis primos si algún derecho tuviese del molino [...] y usando de dicho traslado sin embargo de las infundamentadas razones que expone para querer verificar el dominio y posesión, a Vmd. (sigue relación de hechos y justificación de los derechos)¹⁴⁶

Estamos pues ante una forma atípica o anormal de iniciar un pleito, en la que se insta al demandante para que presente la demanda, con las consecuencias negativas que le supondría no hacerlo

CAPÍTULO IV.- LA LLAMADA AL PROCESO.

El proceso es una suma de momentos, de tiempos anudados unos a otros que técnicamente se les llama **fases**. Las fases procesales tienen un marcado carácter preclusivo que sirve de "aislante respecto de una excesiva intervención judicial, que tiene facultades de vigilancia, pero no de sustitución o innovación respecto de los contenidos establecidos". Pues bien, dentro de este juego de sucesión de actos reglados que es un pleito, una vez que la persona

¹⁴⁶ CHAN. VALL: P.A. 2792-3

que quiere demandar a otra tiene hecha su demanda, con o sin procurador, o bien ha acudido ante el juez para formular su petición oralmente, ¿que actividad sucede?

El acto de formular demanda, de presentar petición, debe ir seguido de un examen jurisdiccional previo del acto en sí. En el caso de las demandas escritas, en un primer momento, es el escribano ante el que se presenta el que debe comprobar si la demanda se ajusta a derecho y si el poder que con la misma se presenta es dado por bastante por su letrado para pleitear.¹⁴⁷ una vez hecha esta comprobación, dará cuenta al juez del pedimento para que resuelva sobre su admisión.

"Entregado, como llevo dicho, el pedimento al escribano, y puesta por éste en él la nota de su entrega, que dejo advertida, acude a casa del juez, o en donde tiene su Audiencia, y le presenta el pedimento, quien lo lee, o manda leer al escribano en su presencia, y a su continuación manda poner el siguiente auto: Por presentada, y el contenido jure y declare"¹⁴⁸

El examen que haga el juez de la demanda debe ir más allá de la mera comprobación de unos requisitos formales, ya que debe decidir sobre su capacidad para conocer del asunto que ante él se plantea, en la doble vertiente de la jurisdicción y competencia. La capacidad jurisdiccional viene determinada por la no sujeción de las partes a jurisdicciones especiales Señorial o Eclesiástica, ya que para ser legítimante emplazado el juez que manda el emplazamiento ha de tener jurisdicción.¹⁴⁹ **La competencia** se bifurca en dos direcciones:

-la territorial, que viene determinada por la ubicación de la vecindad del demandado, del

¹⁴⁷ JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pág 284.
N. R. 4.2.2.

¹⁴⁸ JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pág.8.

¹⁴⁹ BERNI Y CATALÁ, Apuntamientos de Partidas, Pág. 59, not.

lugar de cumplimiento de la obligación o donde este la cosa que se pide, siempre que estén en el ámbito físico dentro del que puede conocer cada juez.

- la material u objetiva, según el tipo de asunto que plantea el demandante..

Así como la competencia por el lugar estaba más definida, aunque los límites eran quebrados con frecuencia interfiriendo unos con otros, la competencia por la materia a conocer no estaba asignada a unos órganos con exclusión de otros, salvo en casos concretos. Lo normal era acudir ante el Alcalde Ordinario para reclamaciones de pequeña entidad y para asuntos no contenciosos, y ante el Alcalde Mayor o Corregidor para los demás asuntos, de los que podían detraerse los Casos de Corte que admitían ser presentados directamente en la Chancillería o Audiencia, pero siempre dentro de una línea de indefinición y confusión competencial.

A este examen competencial hay que añadir la comprobación de la capacidad de la parte para formular demanda, según los requisitos de edad, sexo y matrimonio. Ya hechas estas comprobaciones previas, el Alcalde o Corregidor (tres Oidores en las demandas presentadas por Caso de Corte ante Chancillería o Audiencia), resuelven por Auto o Decreto sobre la admisión, y en su caso sobre los consiguientes pasos procesales a dar.

"Por presentado con la escritura y poder, traslado a Manuel Francisco y Cristobal Redondo, que dentro del segundo día respondan y aleguen lo que les convenga para lo cual se despache mandamiento"CHAN. VALL. P.A. Fe. 3782-4.

" Decreto. Por denunciada[se refiere a obra nueva], suspensión y traslado, así lo mandó el Señor Licenciado[Alcalde Mayor de Zamora], por ante mí el Escribano." CHAN. VALL. P.A. Fe. 2791-2

" Señores Herrera, Ceballos y Mesón. Por notorio despáchese emplazamiento, y en cuanto al otrosí no ha lugar usar de su derecho. Sigue firma de Escribano" CHAN. VALL. P.A. Fe. 2987-2

Estos tres ejemplos, un auto, un decreto y una resolución de oídos, son una muestra de lo sumamente escueta que era la Justicia a la hora de decir que resolución había tomado. En los tres casos se contienen dos decisiones específicas : se considera que se ha formulado una demanda y se decide que hacer a continuación.

1º.- "Por presentado (el pedimento)", "Por denunciada"(la obra nueva) , "Por notorio (es Caso de Corte)". Tres expresiones que la práctica del foro ha venido sincopando; lo que se transmite es que **"se tiene por presentado, denunciada o notorio"**. La simple partícula **POR** equivale a todo un conocimiento y una decisión: la de la admisión de la demandada, asumiendo el juez su competencia. A partir de este momento la demanda tiene verdadero carácter iniciador o desencadenador de toda la mecánica procesal, una vez superado el examen previo del órgano que debe resolver sobre lo que se pide.

2º.- Después de tener por presentada la demanda, se acuerda **"el traslado, la suspensión y el traslado y despachar emplazamiento"**: se trata de comunicarle a la persona contra la que se dirige la demanda el contenido de la misma y llamarle al proceso. Se pone en su conocimiento la incoación del pleito y desde este momento nace una obligación procesal: la de comparecer y contestar a la demanda. El llamamiento al proceso se fundamenta en el sistema de **dualidad de partes**: la existencia de una contienda hace presuponer la contradicción entre más un interés, de ahí que la acción deba entenderse con carácter de **bilateralidad**, es la confluencia de más de una voluntad hacia la búsqueda de una decisión judicial.

4.1. LA CARTA DE EMPLAZAMIENTO.

Entre la decisión del órgano de admitir el conocimiento de una demanda y la materialización del llamamiento, se produce otra decisión jurisdiccional: la de librar la **carta de**

emplazamiento para con ella citar o emplazar al demandado. La **Nueva Recopilación** cuando habla del examen de la demanda, supone como consecuencia la entrega al demandante de la carta de emplazamiento ("nuestra carta")¹⁵⁰. Este documento, según que el órgano conocedor del pleito sea Alcalde o Corregidor o Chancillería o Audiencia, revestía distinta forma. Si tenemos en cuenta que la carta de emplazamiento es el **vehículo por el cual se llama a una persona al pleito**, y suponiendo a estos actos una dimensión espacial (parte-órgano-parte-órgano) en la que la actuación procesal sale fuera del marco físico del oficio del escribano, de la morada del juez o de la sede de la Audiencia o Chancillería, hay que distinguir **tres tipos de cartas de emplazamientos**:

-1. Las emitidas por Alcalde o Corregidor y dirigidos a personas que tienen su morada habitual dentro de los propios términos del pueblo o ciudad. En este caso es un oficial asignado al órgano (Escribano o Portero) el encargado de llevar la diligencia a efecto, buscándole en su casa o morada.¹⁵¹

-2.- Las emitidas por Alcalde Mayor o Corregidor y dirigidos a personas que viven en pueblo o lugar de su jurisdicción pero no en la misma ciudad. Será el escribano del lugar el que emplace, o en su defecto el Fiel de Fechos, y la carta se entrega a la parte solicitante que la lleva hasta el lugar y se la presenta el escribano.

-3.- Las cartas de emplazamiento que emita la Chancillería en los pleitos que conoce en primera instancia y que van dirigidas a personas que tienen el lugar de residencia en distinto

¹⁵⁰ N.R. 2.2.4.

¹⁵¹ GÓMEZ NEGRO, Elementos de Práctica Forense, Pág. 76.

pueblo o ciudad a la que tenga la sede la Chancillería o la Audiencia. También en este caso es portador de la Carta la misma parte que la solicita y la encargada de hacerla cumplir por las Justicias del lugar al que se dirige.

En estos dos últimos caso, la carta de emplazamiento se llama mandamiento, en sentido genérico, real provisión, y exhorto o requisitoria cuando el emplazamiento deba hacerse en territorio de otra jurisdicción. Se entrega al mismo demandante para que la remita o por sí, o por algún comisionado que la haga saber al reo por medio de un escribano, que deberá ser del pueblo si lo hay.¹⁵²

A) Carta de empazamiento emitida por Chancillería.

El documento, encabezado en nombre del Rey, haciendo saber al demandado que ante Presidente y Oidores se ha presentado una petición que literalmente se copiaba; "y en su vista, por los nuestros susodichos Presidente y Oidores se dió el Auto siguiente", que también se copiaba literalmente. "Y conforme a lo referido fue acordado dar esta nuestra Carta y Real Provisión para vos". Siguen a continuación las instrucciones que se dan con carácter de **mandato**:

-a partir del día en que la carta le fuese leída y notificada, en quinze días venga o envíe Procurador en su nombre, en seguimiento de la demanda.

- se dan instrucciones concretas de como se le hará el emplazamiento a la parte: siendo leída y notificada la carta en su persona, y si no se pudiese hacer "ante las Puertas de las casas de vuestra continua morada" haciéndola saber a la mujer, hijos, criados o vecinos, mediante un traslado autorizado del Documento. Estas personas próximas a su vez tienen la obligación de hacer saber la noticia al demandado para que no pueda pretender ignorancia.

¹⁵² Ibidem.

- En el caso de responder al emplazamiento, el Presidente y Oidores le oirán y guardarán

Justicia

- Se le aprecibe que de no comparecer, en su ausencia y rebeldía, las resoluciones que se dictasen en el pleito se le notificarán en los Estrados de la Real Audiencia, con el perjuicio que supone, "sin más citar, llamar o emplazar"

- Se le emplaza en forma hasta la sentencia definitiva
- se incluye pena de mil maravedíes para la Cámara.

El documento se cierra con el nombre del Escribano de Cámara que "la hizo escribir por su mandato con acuerdo de los Oidores de su Real Audiencia" y con los nombres y firmas del Chanciller y el Registrador. En el centro del pie está el sello en cera.¹⁵³

B) Carta de emplazamiento emitida por Alcalde Mayor.

Se encabeza con el nombre del Alcalde Mayor, en el caso analizado es Segovia y su tierra, haciendo saber al demandado, vecino del Lugar de la Roda, que ante él compareció Juan Martín Casado, haciendo relación en la que cuenta el motivo de la reclamación para la que se pide el despacho. Siguen las instrucciones:

- una vez notificada, cumplir la supuesta obligación de dar por la que se reclama.
- en caso de tener razón para no hacerlo, comparecer ante el oficio del escribano en los dos días siguientes a la notificación
- en caso de no comparecer se procederá contra él según derecho.
- en caso de no haber escribano en el lugar, que lo notifique y diligencie, persona que sepa

escribir.

¹⁵³ CHAN. VALL. P.A. 2987-2

El documento se cierra con la media firma del juez y la firma entera del escribano.¹⁵⁴

Aunque similares, ambos documentos contienen diferencias de forma y de fondo:

1. La Chancillería encabeza en nombre de Rey y el Alcalde Mayor de Segovia en nombre propio. Aunque pueda parecer una cuestión de forma, encierra un significado que va más allá de los meros formularios procesales; el juez de Segovia actúa con propia jurisdicción otorgada por el poder real, ejerce su propia potestad. El presidente de la Chancillería es la propia jurisdicción del Rey en él y en los oidores delegada. El matiz está en el origen de la potestad jurisdiccional, por el que el tribunal de la Chancillería es una evolución del antiguo Tribunal Real una vez separado del ámbito de la Corte

2. En la Chancillería se transcribe íntegramente la petición y el auto que a la misma recae y el alcalde se limita a relacionar una petición que a su vez se ha formulado en relación.

3. Mientras que el juez se limita a decir que una vez que se le notifique el documento (al demandado), la Chancillería da precisas instrucciones sobre la forma de hacer la notificación, concretando que si no hay escribano en el lugar que haga la diligencia persona que sepa leer y escribir.

4. Previo al emplazamiento en sí, el Alcalde Mayor de Segovia requiere al demandado a cumplir la obligación que se le reclama, y después le da la posibilidad de comparecer. Por el contrario, la carta de emplazamiento emitida por Chancillería va únicamente dirigida a emplazar, sin contener más mensajes procesales.

5. La diferencia más evidente entre ambos despachos es la de los días que se dan para comparecer y contestar a la demanda. En la Chancillería se ha formulado la demanda como Caso de Corte (que se tiene por notorio) en una reclamación de alimentos de madre viuda a hijo. Se

¹⁵⁴ A.H.P.S. J-1027/28

da al demandado el término de **quince días** y no los treinta que se fijan en la ley. Pues la misma norma incluye una excepción

" pero si pareciere a los de nuestro Consejo, o al Presidente, y Oidores que hubieren de librar la carta, considerada la calidad de las personas o de la causa, o la cantidad de la demanda, o la distancia de la tierra, [...], que si vieren que se debe abreviar [el término] por algunas justas causas, que así mismo que lo puedan hacer".¹⁵⁵

En cualquier caso el término es amplio y suficiente, teniendo en cuenta que el demandado vive en Zamora. Para el caso de Segovia, el plazo es mucho más reducido, sólo dos días; la reclamación (resolver un contrato de compraventa de una tierra) y la distancia son menores, por lo que no es de extrañar que los plazo se reduzcan aún más

6. La Chancillería tiene la delicadeza de decir a la persona que se emplaza, que **si comparece será oído y se le responderá en Justicia**, comentario que huelga el Alcalde Mayor de Segovia.

7. En ambas cartas se apercibe y advierte al demandado de las consecuencias y perjuicios legales en caso de no comparecer, añadiéndose en el Despacho de Valladolid las penas para la Cámara. Haciendo un esquema sintético de los dos documentos, se pueden estructurar así:

ENCABEZAMIENTO

PETICIÓN Y AUTO O RESOLUCIÓN

TERMINO POR EL QUE SE EMPLAZA

ADVERTENCIAS Y APERCIBIMIENTOS DE LEY

INSTRUCCIONES DE CÓMO HACER EL EMPLAZAMIENTO

Es de destacar como de un primer examen se desprende fácilmente la simplicidad de la

¹⁵⁵ N.R. 1.3.4.

carta emitida por el Alcalde Mayor de Segovia y lo extensa, detallada y complicada que es la Provisión de Valladolid; esta diferencia se hace mucho más chocante para cualquier observador si se compara la forma de las actuaciones procesales de Corregimientos y Alcaldías con las de Chancillerías y Audiencias; mientras las primeras se ven cuidadas, dentro de la propia formulación procesal, llama poderosamente la atención lo simplistas que son las formas de las resoluciones y actuaciones en general de la Chancillería, rayando a veces en el simbolismo gráfico. Además no se puede olvidar que los documentos procesales los confeccionaban los escribanos, que los Escribanos percibían sus honorarios por el Arancel, y que el Arancel se computaba en parte por el número de folios e incluso de palabras escritas. La parte tenía que costear este exceso de verborrea procesal para así mantener el nivel de ingresos de los Escribanos Reales.

4.2. CONCEPTO Y CONTENIDO DE EMPLAZAMIENTO, CONFUSIÓN

TERMINOLÓGICA.

Si entendemos que el emplazamiento es el vehículo por el que se llama al proceso al demandado, hay que encuadrar procesalmente esta actuación. Llamar a una persona para que comparezca ante el juzgador en un lapso de tiempo improrrogable y que ha ejercer su derecho de defensa frente a una reclamación de la parte supone:

- el hecho de poner en conocimiento de la persona contra la que dirige la acción que se le ha interpuesto demanda.
- las obligaciones procesales que de dicho conocimiento se derivan.

Es por lo tanto "un jurídico llamamiento, que se hace a alguno, para parecer en juicio ante

el juez a estar a derecho y cumplir su mandato".¹⁵⁶

Veamos cómo se desarrolla el contenido del emplazamiento.

1º.- Poner en conocimiento del demandado la interposición de la demanda implica una traslación hacia el exterior del proceso, es la conexión o el eslabón necesario entre el bloque que forman juez/demandante con el tercer elemento personal del proceso: el demandado. Si la llamada genérica a cualquier persona a un proceso para entender con ella cualquier tipo de actuación (notificación, traslado, declaración, acto del juicio) se puede fijar en terminología procesal como **citación, el emplazamiento** es aquella citación que implica:

un plazo de tiempo (término)

la obligación de comparecer y contestar a la demanda.

La definición que hacen las Partidas "Emplazamiento tanto quiere decir como llamamiento, que hacen a alguno que venga ante el Juzgador [...]"¹⁵⁷, contiene tanto el llamamiento como la obligación de comparecer

2.- Obligaciones que se derivan para el emplazado una vez que tiene conocimiento de la existencia del proceso. El llamamiento implica que el demandado ha de comparecer ante el juez a ejercitar su derecho y ha cumplir lo que se ha mandado, no es por lo tanto una mera puesta en conocimiento de la existencia del proceso sin más, si no que supone formalmente la constitución de una **obligación procesal**: la de comparecer y contestar.

Para la fundamentación de la **naturaleza jurídica del emplazamiento**, la doctrina

¹⁵⁶ HEVIA BOLAÑOS, Curia Filípica, Pág. 65.

¹⁵⁷ PP.1.7.3.

buscaba raíces de derecho natural y divino¹⁵⁸, introducida [la citación] por todos los derechos como indispensable para la defensa del demandado¹⁵⁹. Incluso se basaban los autores en "textos divinos" para argumentar, tales como la llamada a Adán después de la trasgresión, a Caín después de la muerte de Abel¹⁶⁰. Consecuentemente a este origen divino del emplazamiento, se le consideraba fundamental para la validez de las actuaciones posteriores que de él se derivaban; era principio, raíz y fundamento sustancial del juicio¹⁶¹. Este fundamento y cabeza sustancial del orden del juicio¹⁶², ya que nadie puede ser juzgado sin ser citado y oído¹⁶³, tiene como consecuencia que su defecto u omisión hagan al Juicio nulo.

Esta dimensión de esencialidad del emplazamiento no aparece ni en Las Partidas , ni en las Leyes Recopiladas, ni tampoco en la doctrina clásica castellana incardinada en la formación del Derecho Común. Es una formulación posterior de la doctrina, más avanzada en el propio siglo XVIII (Berní Catalá, Hevia Bolaños, Febrero y Tapia). El iusnaturalismo racionalista nacido y difundido en Europa en los siglos XVII y XVIII, unida a la teoría de los derechos individuales naturales de Locke con su idea del pacto social, forman parte de los principios jurídicos de la Ilustración, que en nuestro país empezaron a evidenciarse en los últimos años del siglo XVIII. Los pensadores y juristas que creían en esta formulación del pensamiento, lo hacían en parte como oposición a la tan desprestigiada formación jurídica en el Derecho Común.

¹⁵⁸ Ibidem.

¹⁵⁹ TAPIA, Febrero Novísimo. Pág.64.

¹⁶⁰ BERNI Y CATALÁ, Apuntamientos de Partidas, not. en pág. 9

¹⁶¹ TAPIA, Ob.Cit, Pág.64.

¹⁶² HEVIA BOLAÑOS. Ob.Cit. Pág 65

¹⁶³ . BERNI Y CATALÁ, ibidem.

Aunque escasamente difundidas se conocían las obras de Puffendorf, Grocio, Hobbes y Wolf, y la enseñanza del Derecho Natural fue oficial desde 1770 ; concretamente, la Universidad de Valencia introdujo esta disciplina en 1787, ciudad en la que se formó y trabajó **Berní y Catalá**.

Hevia Bolaños, basándose en la obra de **Paz**, resuelve la posible contradicción que pudiera encontrarse entre el principio de fundamentalidad procesal que algunos autores de su momento atribuyen a la citación o emplazamiento, y el contenido de la ya comentada Ley Recopilada, 10.17.4., sobre que la supresión de las formalidades y solemnidades en el orden de los juicios, en lo que no es fundamental, no supone la nulidad de lo hecho en el proceso. Esta omisión de solemnidades se entiende para las demás y no para la citación, ya que "aunque por Príncipe, y ley no se puede quitar la citación primera, necesaria para la defensa, por ser de derecho divino, y natural, se puede variar, y alterar el modo de ella, y quitar las demás citaciones de la causa, inductas para preparación de la Sentencia, por ser de derecho positivo".¹⁶⁴ Se entendía por lo tanto como esencial para la validez procesal que se hubiese producido la llamada formal al proceso.

CONFUSION TERMINOLOGICA: EMPLAZAMIENTO-CITACION.

Como ya se ha dicho la citación y el emplazamiento son dos actuaciones procesales de comunicación entre el órgano y las partes. Con la objetividad que permite la distancia, y en base a categorías de ciencia procesal, se puede entender la citación como la comunicación y llamada con carácter genérico, o bien específicamente la llamada a comparecer en un momento determinado. El emplazamiento sería la misma llamada sin fijar un momento, pero si abriendo un período de tiempo (**plazo**), en el que está obligada la persona que lo recibe a comparecer y

¹⁶⁴ Curia Filípica, Pág. 65.

contestar a la demanda contra él interpuesta, dándola por cierta, negándola o excepcionándola¹⁶⁵

La Partidas y la Nueva Recopilación, incluso el Fuero Real, a este momento le llaman **emplazamiento**, pero se detecta en la doctrina una confusión de los dos términos. Así, Jordán de Asso, Tapia y Hevia Bolaños, en la intitulación de los epígrafes en que propiamente van a hablar de lo que está fijado como emplazamiento, utilizan el término **citación**, aunque **Jordán de Asso** al desarrollar el capítulo habla indistintamente de citación y de emplazamiento. **Tapia**, directamente lo hace de forma disyuntiva, **citación o emplazamiento**, aunque en su exposición utilice casi exclusivamente la palabra citación. Habría que buscar el origen de esta confusión, aunque en principio podría considerarse un neologismo jurídico, ya que es la diferencia temporal la que determina que con el paso del tiempo se introduzca con más frecuencia el término citación.

4.3.NOTIFICACION Y TRASLADO

Antes de ver la forma material de hacerse el emplazamiento, conviene hacer algunas puntualizaciones sobre lo que se entiende por notificación y traslado, en general y en este momento referido a la demanda o petición inicial. Lo mismo que ocurría en el caso de los emplazamientos, no se ha dado por los autores ni en la legislación real una definición de **notificación**, más bien lo que se encuentra es confusión: "la notificación o citación (que es todo uno) es un llamamiento que se hace para que la persona que se cita parezca en juicio".¹⁶⁶ Su concepto debe inducirse de la práctica y de la utilización del término que hacen los autores. Desde luego, dentro de los que podríamos llamar actos de comunicación entre el juez y las partes,

¹⁶⁵ No debe confundirse este emplazamiento con el emplazamiento para comparecer ante el órgano superior en los recursos de apelación, pues en estos casos no se hacía depender del emplazamiento que el demandado tuviese conocimiento de la existencia de un pleito puesto contra él

¹⁶⁶ JUAN Y COLOM, Instrucción de Escribanos en orden a lo judicial, Pág. 16

la notificación encierra un contenido más genérico que los emplazamientos, requerimientos y citaciones. Se notifica una resolución, auto, decreto, providencia o sentencia, sin más finalidad que poner en conocimiento de las partes su contenido. Ahora bien, del contenido de la decisión que se notifica pueden resultar distintas posturas para el notificado:

- el mero y simple conocimiento de un paso procesal no preclusivo: unir un pedimento a los autos, dar por concluida una declaración de un testigo, nombrar asesor atc.

- hacer saber a las partes una decisión que supone la obligación de actuar procesalmente: traslado para alegar, auto para proponer prueba, auto de conclusiones.

- trasladar a una parte petición de la contraria con documentación aportada: demanda, contestación, excepciones.

En el caso del emplazamiento, en concreto se debe acompañar de el traslado o noticia de la demanda hecha contra el demandado.¹⁶⁷

El dar traslado de una demanda supone para el demandado el sometimiento al carácter preclusivo de las fases procesales y a los tiempos impuestos por la ley o por la toma de decisiones del juez encaminadas a evitar la excesiva intervención de las partes.

Situándonos en la fase de iniciación del proceso que estamos viendo, y más concretamente en el momento procesal en el que se ha de hacer saber a la persona contra la que se dirige la demanda la petición que se le formula y las obligaciones derivadas de ese conocimiento, conviene fijar cuales son los pasos a dar. El juez debe mandar que la demanda sea

¹⁶⁷ GÓMEZ NEGRO. Ob. Cit. Pág 77

notificada¹⁶⁸, haciendo la notificación al demandado el escribano¹⁶⁹ y conferirle **traslado** de ella,¹⁷⁰ para que en su resultado pueda contestar o alegar. "Presentada la demanda, se confiere traslado de ella al demandado, y para que lo evacue, se le cita judicialmente".¹⁷¹

En esta narración del movimiento procesal, parece que el llamamiento se divide en dos momentos: 1º, se le da traslado de la demanda, y 2º, se cita para que se conteste. En realidad, es un solo momento procesal desdoblado en dos tiempos: el de mostrar la demanda y el de advertir de la obligación de contestar.

El traslado, que se acuerda en el auto de admisión de la demanda, **se ha de hacer notorio al demandado**¹⁷² para que tenga efectividad

¿En que consiste materialmente el traslado y la traslación de la demanda al demandado?.

En principio **traslado** es una copia literal del pedimento presentado y de instrumentos aportados con él. Copia fielmente sacada que tiene el mismo valor que el original y que sirve para trasladar a otra persona una petición. El escribano de la causa guardará los originales del proceso en su poder, para evitar su extravío.¹⁷³ Lo que ocurre, es que se confunde el traslado como copia material y el traslado como acción de llegar al conocimiento de alguien la petición

¹⁶⁸ MONTERROSO Y ALVARADO, *Práctica civil y criminal e instrucción de Escribanos*, fol. 11.

¹⁶⁹ JUAN MUÑOZ, *Práctica de Procuradores para seguir Pleitos*, Pág. 14

¹⁷⁰ TAPIA, *Ob. Cit.* Pág. 63

¹⁷¹ ORTIZ DE ZUÑIGA, *Práctica General Forense*, Pág. 38.

¹⁷² GONZALEZ DE TORNEO, *Práctica de Escribanos*[...], pág. 140

¹⁷³ N.R. 9.20.2.

formulada y los documentos aportados: " en el tiempo que se admite la presentación de escrituras, se ponga el traslado [COPIA] de ellas concertado en la forma susodicha, y se dé traslado [NOTIFICACION] a las partes, incluso los propios autores utilizan el término equivocadamente, basándose en la legislación¹⁷⁴ En el uso de los Tribunales, en el tramo final del XVIII, el traslado como copia había perdido valor, aunque se utilizaba para aportar copias de escrituras como prueba, o de otros instrumentos, pero en el ámbito de "pasar información" a una parte de su contraria, no se dan copias, sino que se entrega el escrito e instrumentos originales presentados, con el fin de que se instruya,

" y este medio que produce y asegura el mismo efecto, que el antiguo de sacar copia de los escritos e instrumentos que presentaban las partes, trae el beneficio de la mayor expedición de los pleitos, excusa gastos, y se precave la pérdida de los autos originales con los recibos y obligaciones, que constituyen los procuradores quedando responsables a devolverlos a la misma Escribanía íntegros y sin mengua"¹⁷⁵

En la legislación se autoriza a confiar los procesos a los procuradores y letrados **que tomen de ellos conocimiento**, aunque de esta entrega se excluyen **los rollos y escrituras originales de los autos importantes**. Los procuradores, cuando llevan los procesos a los letrados, tienen que recibir conocimiento de los mismos y devolverlos a los escribanos, no pudiendo sacarlos del pueblo sin licencia.¹⁷⁶ La forma de "tomar conocimiento" era la firma del procurador en los **libros de conocimiento**" que era la constancia que quedaba en la Escribanía de la entrega de los autos

¹⁷⁴ N.R.:10-20-2

¹⁷⁵ CONDE DE LA CAÑADA, Instituciones Prácticas[...], pag 36.

¹⁷⁶ N.R. 11.20.2. y 4.24.2. y No. R. 9.24.5. 6.31.5.

En un pleito seguido ante el Alcalde mayor de la Villa de Paredes de Nava, en 1795, entre el Real Monasterio de San Zoilo y un fabricante de ladrillos sobre el incumplimiento de un contrato de suministro, el demandante comienza presentando una petición a la que acompaña contrato y recibos, para que el demandado jure y declare sobre ellos; una vez hecha la declaración solicitada, el juez acuerda por Auto:

"Entréguese estos autos a la parte del Monasterio, para el uso de su Derecho en vista de la anterior declaración".¹⁷⁷

En este caso el traslado de lo actuado se acuerda directamente por entrega de los autos, y no por copia.

En 1751, ante el Alcalde Ordinario de Villacastín, un rentero comparece y formula una petición para que se le deje libre la tierra que lleva en arriendo, petición que hace por escrito y sin Procurador. A esta demanda, el juez decide:

"Traslado a Gabriel Pedril para que en tercero día diga lo que le convenga. Con apercibimiento que no lo haciendo se procederá a lo que hubiere lugar, con citación de autos y señalamiento de estrados en forma"¹⁷⁸

Esta resolución se notifica "in continenti" al demandado por el Escribano, en su persona.

Aunque no se mencione la palabra emplazamiento, estas actuaciones contienen los requisitos de la llamada al proceso:

- se traslada al demandado la petición inicial.
- se le dan tres días para alegar.

¹⁷⁷ CHAN. VALL. P.A. 3581-2.

¹⁷⁸ CHAN. VALL. P.A. 3782-3.

- se le apercibe que de no hacerlo, se procederá (se seguirá el curso procesal)
- se le cita a los autos, es decir se le llama para que comparezca y sea parte
- y se señalan los estrados como lugar de notificaciones, para el caso de que no comparezca

En cuanto al traslado, hacer una última observación. En los Tribunales superiores la contestación se podía articular en dos tiempos: cuando la parte emplazada se presenta **dentro de tiempo hábil**, sin que haya finalizado el plazo para contestar y oponerse por medio de procurador con poder bastante, **se muestra parte**, esto es, se constituye en parte procesal. Puede pedir los autos por tres días para instruirse y así mejor formular su contestación.¹⁷⁹ Porque realmente la finalidad del traslado no es otra que la de instruir o informar a aquel a quien se demanda para que pueda hacer su contestación.¹⁸⁰

4.4.-A QUIEN SE DEBE DIRIGIR EL EMPLAZAMIENTO.

Se debe emplazar, en principio, a todas aquellas personas contra las que se dirige la demanda. Se le llama a esta persona indistintamente **demandado o reo**, aunque dentro del ámbito jurisdiccional privado es preferible y preferida la denominación de demandado o parte demandada, dejando para los procesos criminales el término reo. Pese a ello, tanto la doctrina como la legislación no tienen fijación terminológica. Para evitar confusiones y mejor comprensión del discurso, a la persona que se demanda se la llamará demandado, evitando la denominación de reo.

Además de emplazar a las personas que se demandan, la doctrina reconoce supuestos en

¹⁷⁹ ESCOLANO DE ARRIETA, Práctica del Consejo Real. T. 2. pag.355.

¹⁸⁰ MUÑOZ. Ob.cit.fol.16

que se ha de llamar a personas no señaladas en la demanda como receptores del efecto de la acción. Son aquellas cuyo perjuicio se trata de evitar principalmente en el juicio, ya que de no hacerlo así en un principio, se puede pretender su citación en cualquier momento del pleito, sobre todo, cuando de omitirse se puede causar perjuicio al que la pida.

Aunque como norma general, se reconoce la necesidad de llamar a la parte de "cuyo perjuicio se trata" con carácter fundamental, se reconoce, siguiendo a **Juan Andrés**, la utilidad de llamar a todos a los que afecta el perjuicio, aunque no sea con carácter principal, sino secundariamente, ya que se pueden ver afectados por el resultado de la sentencia, con su valor de **cosa juzgada**.¹⁸¹

Hevia Bolaños, hace un catálogo de los supuestos en los que pueden aparecer más de una persona demandada aunque no figuren como tal en la demanda.

a) Cuando el pleito es entre señores sobre la jurisdicción de algún lugar, ante la duda de si se debe o no llamar al pueblo, se decide seguir a **Baldo**, que no lo considera necesario.

b) En los pleitos sobre Mayorazgos, es suficiente citar al poseedor, sin que haya que llamar a los demás sucesores.

c) En las reclamaciones de dote o bienes dotales, es suficiente con llamar al marido, sin que sea necesario citar a la mujer.

d) Para los casos en la cosa objeto de la reclamación estuviese arrendado o prestada, no hay que llamar a los arrendadores o comodatarios, siendo suficiente emplazar al señor (propietario); sólo cuando se haya vuelto a prestar o arrendar, sí que se les debe citar.

Se está hablando de que un tercero tenga entrada en el pleito cuando sus intereses se pueden ver afectados por el resultado de la decisión final, pero no desde el punto de vista de la

¹⁸¹ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 66.

iniciativa del tercero, sino de la obligación del órgano que conoce, a petición de la parte o también ex officio, de poner en conocimiento de todos los posibles afectados por la contienda su existencia para que puedan tener entrada en el curso procesal "alegando lo que a su derecho convenga".

A la norma general de llamar a todos los que tengan interés en el pleito se plantean diversas excepciones que la restringen.

1º.- Cuando se ha de citar a un menor de edad, ha de hacerse el emplazamiento en su Tutor, Curador o Defensor nombrado.¹⁸²

En el caso de no tener ninguno nombrado previamente, para poder ser parte en un proceso le debe ser nombrado curador ad litem para que le represente, entendiéndose con él todas las actuaciones.¹⁸³

La falta de capacidad procesal del menor implica la imposibilidad de dirigir contra él una demanda y por lo tanto hacer el emplazamiento en su persona. En realidad, al menor de edad no se le puede citar procesalmente sino es en presencia de la persona que le guarda:

-a) el sujeto a patria potestad tiene que tener presente a su padre o abuelo.¹⁸⁴

-b) el huérfano menor de 20 o 25 años debe estar presente su guardador: Curador o Tutor.¹⁸⁵

Cuando un menor ha de ser citado y no tiene nombrado ni tutor ni curador se le debe

¹⁸² HEVIA BOLAÑOS Ob.Cit. Pág. 66.
JUAN Y COLOM Ob. Cit. Pág. 16.

¹⁸³ ORTIZ DE ZUÑIGA Ob. Cit. Pág. 38.

¹⁸⁴ P.P. 7.2.3.

¹⁸⁵ P.P. 11.2.3.

facilitar un **"curador ad litem"**.

En reclamaciones dirigidas contra determinados herederos de una persona, con el fin de que acepten o repudien la herencia, en la provisión que se libra se hace constar que,

"hagáis parecer ante vos a los dichos hijos y herederos del dicho Fulano, y **siendo menores de edad, les proveed de Curador**, y así nombrado el dicho Curador le compeled, y apremiad, a que acepte o repudie la dicha herencia; y si la aceptare, hacedle notificar esta nuestra Carta, para que dentro de doce días primeros siguientes vengan o envíen por su Curador con su poder bastante en seguimeinto de dicho pleito".¹⁸⁶

En el pleito que en 1754 inicia María González , contra un cuñado y varios nietos en reclamación de ciertos bienes gananciales, después de admitirse la demanda, se libró provisión de emplazamiento, notificándose a los demandados; estos se oponen a la demanda e introducen artículo por considerar que no es Caso de Corte y que por tanto la competencia no es de la Chancillería, añadiendo que "la demanda se entendiese con el Curador de sus partes por ser menores" A esta excepción la demandante insiste en sus pretensiones, y una vez comprobada la menor edad por certificación de las partidas de bautismo, visto en la Sala se acordó entre otras cosas que "se citase a los menores como correspondía", citándose efectivamente a los curadores de los tres menores.¹⁸⁷

La minoría de edad no sólo se protegía en lo que se refería a la capacidad para ser parte, sino también con las garantías y formalidades necesarias cuando se demandaba a un menor. Así, en el pleito anterior, y en la primera parte de la relación se dice que la demandante

¹⁸⁶ FERNANDEZ DE AYALA Y AULESTIA, Formularios de la Chancillería de Valladolid, fol. 21.

¹⁸⁷ CHAN. VALL. P.A. 3558-1. Pieza de la relación del pleito.

"a fin de evitar alguna nulidad por hallarse el Don Antonio menor de 25 años aunque mayor de 18 y de estado casado administrando y regentando por sí su persona y bienes dió por su fiador a D. Juan Alvarez que se obligó por tal al cumplimiento con sus bienes".¹⁸⁸

Uno de los demandados es mayor de 18 años pero menor de 25, supuesto en el que es necesaria la intervención del Curador, pero está casado y por lo tanto administra su persona y bienes sin necesidad de ser asistido procesalmente. En ese caso, el demandante debe garantizar su seguridad por los daños que puede causarle el proceso en el caso de que no se estime su pretensión, y para ello dá un fiador que se obliga con sus propios bienes como garantía de que el menor será resarcido de los posibles perjuicios.

El nombramiento de Curador se puede hacer incluso en Audiencia Pública en la que se discierne a un menor la Curatoria ad litem, jurando el curador en el mismo acto y dando las fianzas.¹⁸⁹

Aunque lo correcto es dictar un auto el juez ante el que se pide, nombrando Curador y dándole poder para que pueda seguir en nombre del menor el pleito en todas sus instancias, [...] "como deba hacer todo lo demás que al bien y provecho del dicho menor convenga". En todas las actuaciones del Curador, el juez interviene "interponiendo toda su Autoridad y Decreto Judicial". El Curador debe aceptar el nombramiento, comprometiéndose mediante promesa o juramento cumplirlo bien y fielmente, incluso a tomar consejo de letrado cuando sea necesario, y obligándose con su persona y bienes. También en este acto de aceptación y jura procede la

¹⁸⁸ Ibidem.

¹⁸⁹ FERNANDEZ DE AYALA Y AULESTIA, Ob. Cit. fo. 44.

constitución de fiador por la persona de un tercero.¹⁹⁰

2º.- Cuando se ha de citar a una mujer. En Las Partidas se prohíbe emplazar a las mujeres que vivan honestamente en su casa, por considerar que verse mezclada públicamente con los hombres no es bueno para ellas¹⁹¹; pese a ello, cuando el juez deba hacer alguna pregunta para esclarecer la causa, deberá ir en su persona o mandar escribano a la casa.

En la ley siguiente se incluye otra limitación mucho más específica, como es la de que el juez no puede mandar emplazar a una mujer ni a los de su casa si hubiera querido violentarla o casarse por la fuerza con ella; por este motivo ni la mujer ni su familia están obligados a comparecer ni a enviar personero. En estos casos el actor debe usar de su derecho ante otro juez del mismo pueblo, y en caso de no haberlo, ante el mayor del mismo territorio.¹⁹²

3º.-Emplazamiento a los herederos y personas no prefijadas. Cuando alguien quiera dirigir la acción contra los herederos testamentarios o abintestato, pero éstos no han admitido o repudiado la herencia, se le debe dar a todos un breve plazo de tiempo para aceptarla o repudiarla, para así poder pedir contra ellos. En el caso de que no contesten al primer requerimiento, se les puede acusar hasta tres rebeldías, y si no se contesta se tendrá por admitida la pretensión del actor. Si ninguno de los herederos admite la herencia, se debe emplazar a todos, y con que uno sólo la admita, a ese exclusivamente se le tiene por emplazado.. Si la herencia recayese en el Fisco debe entenderse la demanda con el Fiscal del Rey¹⁹³, y en el caso de que la demanda se dirija contra mujer casada o sus herederos, por parte de su marido, sus herederos, o algún

¹⁹⁰ Ibidem, fo.77.

¹⁹¹ P.P. 3.7.3.

¹⁹² TAPIA, Ob. Cit. Pág. 76

¹⁹³ Ibidem. El autor hace su formulación puramente teórica, sin soporte legal.

acreedor, se debe hacer de igual modo requiriéndoseles para que acepten o repudien los gananciales.

4º.- Cuando la acción se dirige contra cautivo o ausente. Cuando se quiera demandar a alguien que se sepa cautivo o que no está en la tierra, se debe pedir al juez del lugar que designe persona que guarde en aquel pleito los bienes de aquel a quien quiere demandar. Y una vez dado el administrador, se puede entrar en juicio con él, siendo válidas todas las actuaciones como si estuviese delante aquel al que pertenecen los bienes.

Si el actor pretende la herencia de un ausente que se presume muerto, debe acreditar su fallecimiento mediante la fama pública. En este caso se le entregarán los bienes a título de inventario para que los tenga como Curador, por lo que tendrá que dar fianzas, para restituir los bienes con sus frutos en el caso de que aparezca el ausente o se instituya heredero.

5º.- Cuando en emplazado goza de privilegio.- El citado debe comparecer ante el juez que le llamó, aunque goce de privilegio,¹⁹⁴. Puede ocurrir que el demandado goce de privilegio especial de jurisdicción, por lo que está excusado en el pletio, pero debe comparecer y acreditar su privilegio. Así lo hace uno de los demandados en el pleito ante el Corregidor de Olmedo por saneamiento de venta de unas tierras, compareciendo ante el juez, sin reconocerle más jurisdicción que la necesaria para el caso¹⁹⁵ mediante los privilegios y excepciones concedidos por Su Majestad como soldado de número de su Real Guardia Vieja: dice que es soldado y se halla en servicio y preminencias y acredita esta circunstancia exhibiendo licencia del Excmo. Sr. Marqués de Montealegre, Capitán de las Guardias Españolas y de Alabarderos, y certificación

¹⁹⁴ TAPIA, Ob. Cit. Pág.65.

¹⁹⁵ El hecho de comparecer y alegar ante el juez que ordenó el emplazamiento implica un reconocimiento tácito de la jurisdicción, a no ser que se haga para alegar la excepción a la jurisdicción.

de D. Miguel de Aguilar su Secretario y de las Reales Guardias. Entre los privilegios que tiene, está que se le exima de todas las contribuciones debidas a S.Majestad (excepto Millones y Alcabalas), pide que se le guarde así y se le guarden todas la honras y franquezas de que gozan y han gozado los demás soldados, y que se le dé testimonio. El juez así lo acuerda.¹⁹⁶

Los privilegios personales también suponían determinadas formas para hacer el emplazamiento. Se tenían en cuenta e manera que las notificaciones eran necesariamente personales en determinados casos; esto se alegó en la contradicción que hizo el Duque de Verwik y los Porteros de las Chancillerías a raíz del emplazamiento que se le hizo en la persona de un Notario de Chatelet por residir el Duque en París, con motivo de la demanda puesta en la Chancillería de Valladolid contra él.

4.5. CIRCUNSTANCIAS Y FORMA DEL EMPLAZAMIENTO.

El emplazamiento puede hacerse de palabra o por escrito, según sea la demanda, pero siempre es un acto de carácter **público**¹⁹⁷, por mandato del juez de la causa¹⁹⁸; esto es, no se puede considerar un acto de la parte sino de verdadera jurisdicción, aunque Las Partidas admitan que el emplazamiento pueda pedirse a la Justicia del Rey, o puede hacer por si o por otro hombre.¹⁹⁹ Según Las Partidas, el Rey, y los que tienen el poder de Juzgar por él, pueden emplazar por su palabra, por la de su portero o por su carta, o por hombres que sean puestos especialmente para ellos. Se admiten dos formas, de palabra y por carta o documento público que supone la orden del juez de emplazar. **La carta de emplazamiento** es un **mandamiento** judicial

CHAN.VALL. P.A. 3782-4

¹⁹⁷ SALA, Ob. Cit., Pág. 189.

¹⁹⁸ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág 68.

¹⁹⁹ P.P. 1.7.3.

que da el juez para que se haga el emplazamiento, y que desde las Ordenanzas de Alcalá de 1503, es obligatorio para que el emplazamiento se válido. Este requisito documental deriva de excesos cometidos por porteros y emplazadores, que lo hacían simplemente a pedimento de la parte.

" ordenamos, y mandamos, que de aquí adelante ningún Escribano, ni Portero, Pregonero, ni Emplazador, ni otro oficial que tenga cargo de emplazar, ni emplace a persona alguna, sin que primeramente le sea expresamente mandado por nuestras justicias, o cualquier de ellas, que de la causa sobre que se hiciere el emplazamiento hubiere de conocer".²⁰⁰

a) emplazamiento verbal. La oralidad, que parece reservada a los emplazamientos derivados de las demandas que pueden plantearse de esta forma, supone la forma más simple o primitiva de llamar: la persona encargada de hacerlo (Juez, Escribano o Alguacil) se dirige al demandado y le comunica que contra él se ha formulado demanda, citándole para que comparezca a darle traslado. De esta diligencia debe quedar constancia en los autos, por lo que la oralidad debe valorarse de forma restringida, sólo referida al acto en sí, pero no a su constancia

b) emplazamiento escrito. El documento que libra el Juez para que con él se emplace ya sea carta o mandamiento se acuerda por un simple "librese emplazamiento" y se documenta como ha quedado indicado anteriormente²⁰¹

A) QUIEN PUEDE EMPLAZAR. Aunque ya se ha dicho que Las Partidas admitían que el propio demandante puede emplazar, se debe considerar como un residuo de influencia privatista de la Justicia.²⁰² En la práctica, el emplazamiento, por su carácter público, deben hacerlo las Justicias o sus oficiales, sin que esté encomendado a uno en concreto. Puede hacer

²⁰⁰ N.R. 1.3.4.

²⁰¹ VER SUPRA 4.1.

²⁰² SALA, menciona que entre los romanos podía el propio demandador buscar al reo y decirle "sígueme, o ven al Tribunal".

el emplazamiento el mismo juez, aunque no era frecuente que fuese así, ya que lo normal era que lo hiciesen los escribanos en los pueblos, y los emplazamientos emitidos por Audiencias o Chancillerías, los llevaban a cabo porteros, alguaciles o incluso se habla de "Emplazadores", o personas que tengan cargo de emplazar.²⁰³ La diferencia entre ambos emplazamientos está en los requisitos exigidos para los que hagan los porteros: si la diligencia la hace el Portero Mayor, ha de firmar con él un testigo, y si la hace el Portero Menor, se precisa firma de dos testigos para que el acto tenga validez, no así cuando son el propio juez o el escribano quien las hacen ya que deben ser creídos.²⁰⁴

B) COMO SE LLEVA A EFECTO EL EMPLAZAMIENTO.

Todos los autores coinciden, con Las Partidas, que el emplazamiento debe entenderse con la persona del demandado, pudiendo ser habida, y si no es habida bastará hacerlo en su casa.²⁰⁵ Como ya se ha dicho la casa, morada o habitación puede servir en este caso para **localizar** a una persona, sin que sea el lugar donde legalmente reside. En la práctica común de las ciudades pequeñas y los pueblos, el escribano o cualquier oficial encargado de hacer el emplazamiento **buscaban** a la persona por el pueblo o en los lugares donde más comunmente se le pudiera encontrar, y si no le hallaban le buscaban en su casa, y si en su casa no le encontraban, entendían la diligencia con su familia. Las Partidas, no la Recopilación, indican que se puede ser emplazado, no sólo en la persona, sino también en las casas, haciéndoselo saber a los que allí se encuentren. Nos encontramos con que la forma de hacer el emplazamiento o primera citación, por todos los tribunales respetada y seguida, era según lo venía estableciendo la práctica de

²⁰³ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 68.

²⁰⁴ TAPIA, Ob. Cit. Pág.66.

²⁰⁵ JORDÁN DE ASSO, Instituciones del Derecho Civil de Castilla, pág.285.

escribanos, alguaciles y porteros.

Veamos algunas menciones a la práctica en cuanto a la forma material de hacer el emplazamiento.

" lo que se observa, sin embargo de no ser rigurosamente preciso, porque las leyes no lo mandan [...]"²⁰⁶

"La práctica en Tribunal superior la nota el mismo Despacho (el de emplazamiento); pues previene, que no pudiendo ser habido, se notifique a la mujer, a hijos, a familia o vecinos. Y en Tribunal inferior, se hacen tres diligencias a horas cómodas, en tres distintos días, en la casa del reo; y anotadas en autos, se pide por el actor que se haga el emplazamiento por Cedulón, el Juez lo manda, y si buscado otra vez el reo a hora cómoda, no es habido, se le deja Cedulón, que es una copia del pedimento y auto; lo que equivale por citación, anotándolo el Escribano por diligencia." ²⁰⁷

"Diligencias para con una persona particular. Son ir a su casa en dos, o tres días algunas veces; y no le hallando, decir a los criados, o personas que estuvieren en ella la diligencia a que se va; y **si en todo este tiempo no pudiere ser habido**, se ha de sacar el traslado de la Provisión, entregándole a la mujer, hijos o criados, o la persona mas propicia que se hallare, para que se le entregue y haga saber, poniendo por diligencia y fe todo lo ejecutado". ²⁰⁸

Está claro que es una forma no regulada en la ley y sí por la costumbre y la práctica del foro. De ella hay que destacar los siguientes **aspectos**:

²⁰⁶ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 65.

²⁰⁷ BERNI CATALA Ob. Cit. not a pág. 60

²⁰⁸ FERNANDEZ DE AYALA Y AULESTIA, Ob. Cit. fo. 60.

a) la diligencia en un principio se hacía personalmente.²⁰⁹

b) en caso de no encontrar a la persona, se podía enterder en su casa con miembros de su familia.

c) en este caso la práctica era distinta según se tratase de emplazamiento librado por Chancillería o Audiencia, o por Alcalde Mayor u Ordinario, ya que debido a que la carta de emplazamiento que libraban los Tribunales Superiores contenía instrucciones concretas sobre la forma de llevarse a cabo tal actuación, y dado el valor de documento expedido en nombre del Rey, no se precisaban comprobaciones de la no presencia de la persona buscada.

Dejando a un lado estos emplazamientos basados en libramientos documentales de tribunales superiores, vamos a situarnos en un supuesto normal de una demanda presentada en primera instancia ante Alcalde Mayor u Ordinario, en la que que el juez ya ha acordado que se vaya a emplazar al demandado. Como ya se ha dicho anteriormente, hay hasta este momento dos elementos personales en el proceso: el juez y el actor, y hay que traer al tercer y necesario elemento en la contienda jurisdiccional: el demandado o reo. Lo más simple que puede ocurrir, y ocurría, es que el demandado, sabedor que contra él se ha puesto pedimento, se persona en el oficio del escribano para que le traslade la petición; en este caso, el oficial únicamente debe darle conocimiento del contenido de la demanda, y ponerle en conocimiento los días de término que tiene para contestarla, formulando su oposición y sus excepciones. Todo ello lo hará constar en los autos por una "notificación". Si el demandado no comparece espontáneamente en el oficio del Escribano, éste, u otro oficial por mandato del Juez, debe "salir a **buscarle**" para emplazarle;

²⁰⁹ El Escribano debía extender una diligencia para que quedara constancia del emplazamiento.

" Yo Isidro Vidal, Eº del Rey público y propietario del Aytº de ésta ciudad [Avila] notifiqué e hice saber la Real Provisión a D. Francisco de Miranda y Quirós [...] que habiéndola visto y leído de "verbo ad verbum" dijo quedaba enterado de su contenido y para los efectos que le conviniera [...] se le dieron traslado de esta R. Provisión, y ésta es su respuesta que firmo. (Aparece aquí la firma del Escribano con la del emplazado) En Avila a 31 de Mayo de 1752". A.H.M. COS. 26.9.67 Escribanía de Granados.

se dice que no puede ser habido cuando es buscado por el pueblo²¹⁰, y no es hallado en él. En este caso el escribano va “via recta” a la casa del que ha de ser citado, sin ser necesario seguir buscándole por el pueblo ni en otra parte. De la primera circunstancia deberá dejar constancia el escribano, en el caso de que sea este oficial el que tiene encomendado el emplazamiento. Hasta este momento, los autores y la práctica son más o menos unánimes. El problema comienza cuando se acude a la casa o morada del buscado. Como reconoce **Juan y Colom**²¹¹, y el propio **Berní y Catalá**, “se ha hecho estilo corriente”, o “la costumbre del día”²¹², la forma de buscar a la persona con la que se quiere entender la diligencia.

Si no se encuentra en la casa, se pone una diligencia haciéndolo constar, y se vuelve otro segundo día a horas cómodas en las que según la costumbre de pueblo suelen estar en su casa, poniéndose, en caso de no hallarle, otra diligencia como la primera. Después de esta segunda diligencia en busca, el actor debe presentar petición para que se le vuelva a buscar, y que no pudiendo ser habido, se notifique la demanda a su mujer, hijos, criados, o vecino más cercanos, para que se lo digan.²¹³ **Tapia**, dice que el escribano hará tres diligencias de busca, ex officio, y en vista de ello el actor le pide al juez que se le deje cédula de ello, considerando la citación hecha en su persona. A esta petición el juez manda que se practique otra diligencia en su busca, para que pueda quedar citado, sin que sea necesario volverle a buscar por el pueblo²¹⁴. La

²¹⁰ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 66.

²¹¹ JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pág. 16

²¹² SALA Ob. Cit. Pág.189.

²¹³ JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Págs. 16 y 17.

diferencia entre los dos estilos forenses esta en el número de diligencias de busca para considerar válido el emplazamiento hecho a quien esté en la casa del demandado. En ambos casos se precisa una petición expresa del actor para que se le emplazace mediante cédula.

Habría que buscar la causa por la que el estilo del foro haya complicado tanto esta búsqueda del demandado. Las Partidas no dicen nada de acudir más de una vez a la casa. Esta reiteración del hecho de buscar puede tener dos explicaciones lógico-procesales:

1ª.- Como ya se ha dicho, la doctrina considera a la primera llamada al proceso un acto fundamental, de tal manera que su defecto puede devenir la nulidad del proceso. De ahí que puedan los jueces y letrados en general, pretender que el emplazamiento no personal se haga con la seguridad de que no ha podido ser entregado al demandado en su persona, ni buscándole por el pueblo, y acudiendo a su morada. Es más, se traslada al actor la carga de pedir que el emplazamiento se haga en terceras personas mediante cédula, sin que pueda ser facultad del juez acordarlo ante la vista de las diligencias negativas extendidas por el escribano, en las que se hace constar que no se ha encontrado el demandado. Aunque Las Partidas nada digan al respecto de tanta garantía, ya que solo menciona que se puede emplazar en las personas o en sus casas, en los caso en que alguien se esconda o huya de la tierra; indudablemente, esta Ley (1.7.3.), se refiere a los supuestos en los que el demandado intente eludir la acción de la justicia, impidiendo que se haga derecho a los que contra el se querellan. Quizás por este matiz de penalización por esconderse, es por lo que en los casos que no hay ánimo de ocultación en el demandado, se quiere asegurar con la insistencia de su búsqueda por el pueblo y yendo a su casa en horas normales varias veces, que no se le causa un perjuicio.

2ª.- Sin descartar este origen de la busca, no hay que olvidar que los ingresos de los

escribanos y oficiales estaban en función de las actuaciones que llevasen en cada pleito, devengando derechos a cargo del condenado en costas cada diligencia en busca que se hubiese de hacer en la casa del demandado. El excesivo número de idas y venidas habría que buscarlo por lo tanto en los aranceles.

Una vez que se ha ido a buscar a su casa al demandado todas las veces que se considere necesario según la práctica del lugar, después de no encontrarle por el pueblo, hay que entregar una cédula a quien esté en la casa.

a) Personas a las que se puede entregar la cédula. Como es lógico, el documento se ha de entregar a aquellas personas que convivan en la casa y que les una relación de parentesco o dependencia con la persona a la que se dirige el emplazamiento. En general se habla de parientes o vecinos cercanos, que pueden ser los criados, los hijos o la mujer. A la mujer no se le exige autorización especial para recibir este documento, y a los hijos habrá que suponer que tengan una edad mínima de 14 años.

b) requisitos de la cédula. La cédula de emplazamiento, también llamada "Cedulón", es un documento público que a modo de **memoria** debe contener los extremos de los que debe ser informado el demandado a través de la persona a la que se le entrega. Debe contener por lo tanto, copia o relación del contenido de la demanda así como la decisión del juez de emplazar.

El documento se dirige a la persona del demandado, haciéndole saber quien (el actor) presentó ante Corregidor, Alcalde Mayor u Ordinario, por el oficio de escribano, un pedimento de demanda con la petición que contiene; proveyéndose a continuación auto de traslado; y habiendo sido buscado por el escribano para hacer saber dicha demanda y auto, no pudo ser habido; por lo cual, de pedimento del mismo demandante y auto a su continuación, se mandó notificar la demanda y auto a su mujer, hijos, criados o vecinos más cercanos, dejando en su

poder la cédula para que se la entreguen y le diesen a entender los referido para que no aleguen ignorancia, sirviendo de notificación en forma como si se hubiese hecho en su persona. La cédula va firmada por el escribano.²¹⁵

c) Como se entrega la cédula. El escribano acude con ella a casa del demandado, entregándola en primer lugar a los miembros de su familia, en su defecto a los criados, y en defecto de estos a un vecino cercano. A la persona que se entregue la cédula se le debe hacer saber su contenido para que se lo trasmita mejor al demandado.

d) Constancia de la entrega del emplazamiento por cédula. En los autos debe quedar constancia de la entrega de la cédula con todos los requisitos formales exigidos. Para ello debe el escribano poner fe por diligencia²¹⁶, expresando la persona a la que se le entregó la cédula y la hora en que fue buscado. **Esta constancia es la garantía de la efectividad del emplazamiento por cédula.**

El escribano hará constar el lugar y la fecha, diciendo que fue a la "casa o morada" del demandado para hacerle saber el pedimento de demanda, y auto a su continuación proveído; y después de preguntar por él a su mujer o la persona que estuviese en la casa, se le responde que no está en la casa, por lo que notifica a esta persona el pedimento de demanda y auto; dejando en su poder una cédula escrita en relación de dicho pedimento y auto y demás diligencias hechas en su busca, para que lo ponga en su conocimiento quedando apercibida de ello. Da fe y lo firma el escribano.²¹⁷

El apercibir a la persona de su obligación de hacer llegar al demandado la noticia, debe

²¹⁵ JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Págs. 18 y 19.

²¹⁶ TAPIA Ob. Cit. Pág. 66.

²¹⁷ JUAN Y COLOM, ibidem.

constar expresamente en la diligencia de emplazamiento, pues esta advertencia de la obligación que la persona que reciba la cédula tiene de hacerla llegar al que vá dirigida, hace nacer la obligación de entregarla y poner en conocimiento del demandado la existencia de una demanda presentada contra él. Es la garantía de que ese conocimiento se hará efectivo y por lo tanto el emplazamiento será válido.

Por tanto, sobre la forma de llevarse a cabo los emplazamientos, puede decirse que su regulación puede ser considerada de carácter mixto: la Ley de Partidas, la doctrina y sobre todo la práctica procesal. En los momentos en que la Recopilación se está ultimando, en 1566 Felipe II dicta una disposición en la que en su Exposición de Motivos, expresamente reconoce la falta de regulación en las Leyes Reales para la forma de hacerse las ejecuciones:

"Por que por no estar declarado por leyes de estos Reinos, la forma que se ha de tener en las ejecuciones"²¹⁸

En la minuciosa descripción de como se debe ejecutar un documento con este valor, al regular la citación de remate, que supone en el procedimiento ejecutivo lo que al declarativo es el emplazamiento, dice:

"sea citado el deudor para el remate en su persona, si pudiere ser habido, y si no en su casa haciéndolo saber a su mujer, y hijos, o criados si los tubiere, y sino a los vecinos más cercanos".²¹⁹

Se recoge así, para el juicio sumario ejecutivo la práctica que se utilizaba en la primera citación o emplazamiento para el proceso declarativo u ordinario, que es la misma que regulaban Las Partidas.

²¹⁸ N. R., 19.21.4.

²¹⁹ Ibidem .

En cuanto a la práctica de los emplazamientos, es difícil rastrearla en los pleitos de Chancillería porque era limitado su conocimiento a la primera instancia, sólo a Casos de Corte, y porque en los recursos por el escribano "ad quem" se emitía un traslado del pleito, es decir una copia del mismo, en el que no se incluían normalmente las diligencias de comunicación. Incluso, aun siendo Caso de Corte, en los autos no aparecían las actuaciones originales, nada más que en las piezas de prueba; así en la Reclamación que hace María González, del lugar de Campo, cerca de Bembibre a su cuñado y a sus nietos, los autos están encabezados por la relación del Relator Sr. Licenciado González. En esta relación, después de resumir el contenido de la demanda dice que "admitióse, mandó librar emplazamiento".²²⁰ (no se especifica el "se tiene por notorio" propio de los casos de Corte)

En otros casos, sí que incluye el escribano las diligencias de notificación, así en un pleito seguido ante el Alcalde Ordinario de la ciudad de Iscar, sobre reconocimiento de un censo en 1750, a una petición de la parte demandante, el juez acuerda por auto requerir a los demandados para que aporten los poderes; para ello el escribano "in continenti" notifica el auto a la parte personada en la persona de su procurador. A continuación aparece una diligencia del mismo escribano, diciendo "haber pasado tres veces hasta hoy al lugar de Cojereres de esta jurisdicción para efecto de notificar la petición y auto antecedente en distintos días a Lázaro de Blas vecino de él y nunca le he hallado; por lo cual no hice dicha notificación [...] mediante estar mandado se le haga en su persona dicha diligencia" (firmado en Iscar el 9 de septiembre de 1750). Y sigue, "a veintitres días de dicho mes y año pasando yo el escribano cuarta vez a notificar la petición y auto precedente al expresado Lázaro de Blas, **le hallé en el camino frente a las viñas del**

²²⁰ CHAN. VALL. P.A. 3558-1

Porrillo que venía a esta villa donde le hice el encargo y notificación en su persona"²²¹ Aunque esta notificación no es propiamente un emplazamiento, sino el traslado de una petición previa de la fase de alegaciones, valga como ejemplo de dos aspectos ya señalados:

- el domicilio no tenía valor prioritario, ya que el escribano o Fiel de Fechos, podían buscar y encontrar a la persona en cualquier parte, simplemente en un camino del que sólo se hace una indicación de su ubicación.

- en la exigencia de traslado o notificación personal, se hacía constar que se había buscado a la persona a notificar, y las veces que se había intentado.

Si colocamos en el mismo plano procesal el emplazamiento y la citación de remate para el sumario ejecutivo, la posibilidad de hacer este llamamiento, el primero del pleito, por cédula en la persona de familiar o criado, queda desvirtuada si se advierte que la persona en cuestión no está en el pueblo. Así, en el pleito sobre reclamación de cantidad seguido ante el Alcalde Mayor de Segovia en 1755 entre vecinos de dos pueblos de la jurisdicción (Pinilla de Ambroz y Paradinas), se comisiona al Alcalde Ordinario para que haga el requerimiento de pago, embargo y citación de remate, acude el Alcalde con el Fiel de Fechos a la morada de uno de los demandados y después de embargar un cajón de pino "por no estar dicho Manuel Gómez en casa y decir su mujer estar en la de su madre, no se le pudo citar de remate". A los diez días en Segovia le cita el escribano de la Causa.²²² El hecho de no estar en la casa el demandado hace que se le tenga por buscado una vez, haciendo constar en diligencia esta circunstancia; en este caso no se piden ni se hacen más buscas, sencillamente le cita de remate el escribano del pleito en Segovia, sin que medie petición de la parte por escrito, posiblemente por comparecencia

²²¹ CHAN VALL P.A. 3783-4.

²²² A.H.P.S. J-1235/5.

espontánea en el propio Oficio, ya que el escribano no dice que le haya buscado por Segovia, simplemente que es vecino de Paradinas "estante el presente en esta Ciudad".²²³

A pesar de que en esta primera notificación del pleito se contiene un llamamiento para constituir parte procesal, no le es posible al llamado hacer ningún tipo de observación sobre la reclamación que se le formula en la demanda, ya sea declarativa o ejecutiva, ni podían los escribanos recoger ninguna manifestación.

En Bernardos, de la jurisdicción de Segovia, un Juez Comisionado, (José Soriano, ministro de Vara del Juzgado de la Ciudad de Segovia) con asistencia del Escribano del Número del pueblo ha de hacer un primer requerimiento para designación de personas deudoras " y habiéndosele encontrado a las puertas de la taberna pública de éste dicho lugar el referido comisionado le requirió personalmente [...] y enterado de su contenido dijo que él no era deudor de cantidad alguna al Concejo ni tenía que firmar más cuentas que las que tiene firmadas, y habiéndosele reconvenido sobre lo que procedía [...] **con bastante alboroto y muy enfadado dijo no firmaría más cuentas aunque le ahorcasen del Mayo y aunque Dios lo mandase; por lo que viendo esta osadía y falta de respeto, dicho comisionado le puso preso en la cárcel pública de dicho lugar [...]**".²²⁴

El requerimiento inicial se convierte así en motivo de desacato al Juez Comisionado, suponiendo el ingreso en la cárcel pública del lugar para el notificado; indudablemente, el escribano recoge en la diligencia todas las manifestaciones abusivas de la persona, para constancia de las mismas y justificación del hecho de poner preso al notificado.

²²³ Ibidem

²²⁴ A.H.P.S. J-2792/3.

C) EL EMPLAZAMIENTO POR EDICTOS.

El supuesto que acabamos de ver, el emplazamiento por cédula, implica conocer el **paradero** de la persona que ha de ser emplazada. Pero si no se le encuentra en el pueblo ni en donde habitualmente reside ni se conoce su paradero, no es posible dejar una cédula para que se le entregue con comprensión del negocio. Debemos fijar la situación, como que el demandado está ausente y no se sabe su paradero ²²⁵, o más concretamente, cuando no pueda ser habido ni se sepa su paradero ²²⁶; lo mismo ocurre en el caso de que las personas a emplazar sean inciertas, o aun siendo ciertas, están en tanta multitud, que no se las puede conocer sin gran dificultad. ²²⁷ En estos casos se debe recurrir a la **forma pública de citación**. La llamada pública al proceso, de origen Altomedieval en la Asamblea Concejo o Mercado, ²²⁸ tiene su fundamento en la proximidad pública de las personas.

" y si casas no tuvieren, débenlos pregonar en tres mercados, porque lo sepan sus parientes o sus amigos, y se lo hagan saber que vengán a hacer derecho a aquello que se querellan de ellos" ²²⁹

En esencia, la motivación jurídica de esta citación es la misma que la del emplazamiento por cédula: hacer saber al demandado la existencia del proceso, llamándole, por medio de terceras personas; se requiere por la tanto la intervención de otras personas como intermediarios ante el demandado.

²²⁵ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 76.

²²⁶ ORTIZ DE ZÚÑIGA, Ob. Cit. Pág. 38.

²²⁷ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit., Pág. 66.

²²⁸ LALINDE ABADÍA, Iniciación Histórica del Derecho Español, pág. 776.

²²⁹ P.P. 1.7.3.

La doctrina elabora cuatro supuestos para la citación por edictos, también llamada **citación escrita**:

1.- En caso de ocultación maliciosa del citado para que no llegue a él la noticia, impidiendo así que se le cite.

2.- Cuando no sea seguro el lugar en el que se la ha de citar por causa de enemigos u otro impedimento. En este caso se fijarán los edictos en lugares inmediatos al lugar en el que debería hacerse la citación.

3.- En los casos en los que el citado se le considera vago, se debe poner el edicto en los lugares en los que más suele permanecer, o en donde tenga casa abierta.

4.- Cuando la persona a llamar es incierta (concurso de acredores, adjudicación de herencia). En estos casos se llama a todos los interesados para que comparezcan.²³⁰

La publicidad de esta llamada pública se materializa en LOS EDICTOS Y PREGONES.

La publicidad de la llamada al proceso puede hacerse de dos formas:

-el pregón. Tiene el auténtico carácter de llamada en lugar público, entendiéndose como tal el espacio físico en el que cabe la posibilidad de reunión de personas suficientes para que se entienda como un conocimiento público, puede ser mercado o concejo. Para seguridad del conocimiento, se debe hacer por tres veces para que los parientes y amigos lo sepan.²³¹

-el edicto. El vehículo de transmisión no sería puramente oral, como en el pregón, sino documental. El edicto ha de ser fijado, o bien a las puertas de la casa del emplazado, si se conoce, o en lugar público: Ayuntamiento, Concejo, Juzgado, con el fin de darle publicidad. **Tapia** ²³²

²³⁰ TAPIA. Ob. Cit. Págs.70-71.

²³¹ SALA, Ob. Cit., Pág.189.

²³² Ob. Cit. Pág. 70.

llama a la citación por edictos **citación por escrito** y dice que con ella se llama y emplaza al demandado ausente por ignorarse su paradero y que no se debe hacer por mera voluntad del juez, sino sólo en caso de necesidad y cuando el demandado no pueda ser citado de otra forma, agotando así todas las posibilidades que se permiten para poder citar o emplazar en persona o por cédula. Se intenta así garantizar la llegada efectiva de la citación al demandado, ya que la llamada por edictos viene a suponer una ficción que se sabe poco efectiva, excepto en los lugares pequeños.

Está claro que en un principio la llamada pública se refería solo al hecho de **pregonar en lugar público**. Con el tiempo parece confundirse edictos y pregones, los autores se refieren a ellos con carácter alternativo "edictos o pregones"²³³. Podía intentarse el pregón como medio más sencillo de llamar, y si no era posible, se recurría al edicto:

"yo el Escribano doy fe que hoy día de la fecha por no haber pregonero en esta villa, fijé edicto donde es costumbre para el primer pregón de los bienes ejecutados en estos autos [...] y por verdad lo firmo, en Iscar a veintiocho de marzo de 1749. Felix de Benito Salazar".²³⁴

En este caso se deberían dar pregones, pero no puede hacerse por no haber pregonero en la villa, por lo que el escribano fija el edicto en el lugar de costumbre. El pregonero no aparece entre los oficios públicos que se ejercían dentro del marco de la justicia real, pues era de carácter concejil o municipal. El "vocero" más bien es el llamador en el lugar donde se celebre la audiencia pública, mientras que el pregonero pertenece más a la comunidad estando vinculada su actividad con el Concejo.

²³³ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 66.

²³⁴ CHAN, VALL. P.A. 3783-4.

En cualquier caso en los autos debe quedar la constancia de que tanto pregón como edicto se ha dado o fijado; esta constancia se verifica por diligencia o certificación, aunque realmente se desdobra en dos actos:

- primero se hace constar que se ha dado el pregón o se ha fijado el edicto.
- en el caso de los edictos, además de la constancia de fijación del edicto, se debe hacer constar cuando se retira y los días que ha estado fijado.

Veamos cómo se materializaba en la práctica el llamamiento por edictos.

"Certifico yo Miguel Roldan fiel de fechos, en este lugar de Miguel Ibáñez como en una de la puertas de este Concejo, puse y fijé un edicto llamando a todas las personas que tuviesen derecho y sean acreedores de los bienes que dejó Pedro Gómez Chamorro, vecino que fué de este lugar, ocurran a exponer su derecho al Tribunal Real de la Ciudad de Segovia, por el Oficio de Manuel Garcia Barragán, uno de los Escribanos del Numero de dicha ciudad que se les oirá en lo que justo fuera"²³⁵

En aquellos asuntos en los que la publicidad se hacía mediante pregón, la constancia documental de que el pregón estaba hecho se fué instalando en la práctica. Al pregonero o vocero público se le notificaba la resolución del juez en la que se solía incluir el número de días en que debían ser dados los pregones, y una vez hechos se ponía una diligencia en la que se hacía constar este hecho:

"Por voz de Bartolomé Bonete, pregonero público, se llevó al pregón en altas e inteligibles voces[...]mandaron dichos señores avivar la voz al pregón [...] lo que

²³⁵ A.H.P.S. J-1188/12.

así ejecutó el pregonero²³⁶

Indudablemente los edictos requieren un soporte documental que no precisan los pregones, ya que deben fijarse a las puertas o de la casa del llamado o del Concejo Público. Este soporte documental no se recuperaba para las actuaciones, siendo suficiente con la diligencia o certificación del escribano.

Habría que saber cual de las dos formas de llamamiento público era mas efectiva. Lo que si parece cierto, dado los pocos pregones que aparecen en las actuaciones, es que a las alturas cronológicas en las que estamos situados, el uso más frecuente era el de edictos sobre pregones, prevaleciendo sobre todo en ciudades y villas de mayor población, allí donde la Justicia se administraba por Alcaldes Mayores o Corregidores, quedando los pregones para los lugares pequeños en los que el juez era un Alcalde Ordinario. En cualquier caso sólo están facultados para acordar que una citación se haga por edictos los jueces ordinarios, y los Delegados del Rey o su Consejo, pero nunca los jueces comisionados, salvo que se incluya expresamente en la Comisión esta posibilidad o que lo permita la costumbre.²³⁷

La eficacia de esta citación no es la misma que la de una citación personal o por cédula, ya que siempre que aparezca el citado se le debe oír, en cualquier momento del pleito

D) LA CITACION O EMPLAZAMIENTO REAL. Se denomina así a la llamada que implica la **captura del reo**, aunque no esté formalmente demandado, en los casas en que se puede presumir que huya o no tenga arraigo o domicilio en el pueblo en el que se le demanda. Este "prendimiento" personal debe estar precedido de la garantía del demandante de responder

²³⁶ A.H.N. CONS. 41.644

²³⁷ TAPIA, Ob. Cit. Pág.70.

por los daños en el caso de que su pretensión no prospere. Si la forma **real** de citar, en la que la *captura personal del demandado se entiende como la forma más segura de citación*, a fines del XVIII se mostraban prevenciones hacia esta retención personal

" esta obligación [la del demandante de responder de los daños] nunca subsana el daño y las fatales consecuencias que pueden seguirse de privar a un hombre de su libertad. Los jueces no deben proceder a la captura en casos civiles, cuando puede quedar alguna duda de la certeza de la pretensiones del actor. No basta que se pida la prisión para decretarla. Es necesario examinar con gran prudencia las causas, considerar las circunstancias del que se supone reo, hacer la crítica más escrupolosa de las pruebas, graduarlas y considerar cuales deben ser las consecuencias del juicio. **Vale mucho para un hombre su libertad, sea la que quiera su condición**".²³⁸

Significativo este comentario frente a una forma tradicional de entender el ejercicio de un derecho privado. Aunque se exija para poder acordar por un juez la captura del demandado que se den unos supuestos que implican riesgo para el demandante en el ejercicio efectivo de su acción queda limitada en su ejercicio por la protección a la libertad del posible capturado, pues es una garantía para el posible capturado, lo que viene a ser una medida cuatellar a favor del actor. Entrarían en conflicto el derecho privado del actor a resarcirse del daño sufrido patrimonialmente y el derecho a la libertad de cualquier persona. Este conflicto se resuelve **discrecionalmente** por el juez haciendo una valoración personal de los intereses que deben ser protegidos.

4.6.TÉRMINO Y TIEMPO DEL EMPLAZAMIENTO.

Como ya se ha dicho, todo emplazamiento implica un término de tiempo para comparecer

²³⁸ TAPIA Ob. Cit. nota a la página 70, recogiendo a su vez otra de la obra "Febrero adicionado".

ente el juzgador a responder a la demanda puesta contra la persona que ha sido emplazada. El término, distinto del plazo,²³⁹ puede acordarse por el juez o por los oidores en la resolución en la que se admite la demanda, o bien no hacer ningún pronunciamiento en este acto procesal y hacerlo en el contenido del documento por el que se realiza el emplazamiento: carta de emplazamiento o real provisión. Lo que sí es indudable, como ya se ha dicho, es que es inherente a la validez del emplazamiento la fijación de un término para responder a la petición del demandado, término que tiene **carácter preclusivo**, es decir, que una vez vencido el plazo decae el derecho de la parte que no lo ha ejercitado, dándose por cerrado el momento procesal para hacerlo.

El término para responder es por lo tanto un periodo de tiempo que se computa en **días**. Pero algo tan esencial al acto procesal en sí como es el tiempo que se da al demandado para que venga al proceso no tenía más regulación que la práctica procesal.

1º.- En Las Partidas solo se dice que debe comparecer ante el Juzgador todo aquel que fuese emplazado, compareciendo por sí o por otro en el plazo que fuese puesto.²⁴⁰ Pero no se dice nada de los días que tienen que integrar el plazo, entendiéndose que queda a voluntad del juzgador la fijación de los días: "en el plazo que fuese puesto". El plazo puede ser prolongado por acuerdo de las partes, y será válido siempre que de él tenga conocimiento el juez,²⁴¹. Desde luego están claros dos aspectos:

- a) el término del emplazamiento no está prefijado por la ley, correspondiendo la

²³⁹ **Término** es un periodo concreto de tiempo en el que se pueden hacer determinadas actuaciones, y **plazo** es el vencimiento del término.

²⁴⁰ P.P. 2.7.3.

²⁴¹ P.P. 7.7.3.

determinación de los días al juez.

b) El término fijado por el juez es prorrogable por acuerdo de las partes , y será válido siempre que el juez tenga conocimiento de ello, con lo que se está dejando su duración en manos de la voluntad.

Hay que concretar por lo tanto, que para Las Partidas y en consecuencia toda la doctrina procesal que informa y que determina, el término debe existir pero lo fija el juez y puede ser modificado a voluntad de las partes.

Además de esta variabilidad, el término no era único en la práctica. Se podían dar hasta tres términos y a cada uno de ellos el actor tenía que acusar una rebeldía: se pedía el emplazamiento por un término , sino contestaba dentro de él el demandado, el demandante pedía que se le acusase una rebeldía, pudiendo llegar hasta tres las rebeldías pedidas y acusadas para que tuviese carácter definitivo.

2º.- En Las Leyes Recopiladas, se produce una inflexión en la tendencia. Así las cosas, en las Ordenanzas de Madrid de 1502 ²⁴², vienen a poner las cosas en su sitio:

-en primer lugar se fija un término concreto de emplazamiento: treinta días si estuviese más acá de los puertos, o en el mismo lugar que la Audiencia o El Consejo, y cuarenta días si fuese más allá de los puertos.

- en segundo lugar, después de determinar estos dos términos tan concretos, se establece la posibilidad de que el término pueda ser prorrogado, **discrecionalmente** por Consejeros, Presidente y Oidores por:

la calidad de la personas,

la calidad de la causa,

²⁴² N.R. 4.3.1.

la cantidad de la demanda

o la distancia de la tierra.

La justificación es que "podría perecer su justicia si no se prorrogase"²⁴³

Son dos valoraciones cualitativas y dos cuantitativas de las causas de prorrogación del término. Esta misma discrecionalidad para prolongar se reconocía para reducir, pero en este caso simplemente "si vieren que se deba abreviar por algunas justas causas". La discrecionalidad aquí es mucho mayor que en el supuesto de la prórroga, simplemente la existencia de causas que lo justifiquen, y que por supuesto las tiene que valorar el juez que acuerda el emplazamiento, aunque sea la parte actora quien las pida.

3º.- Un análisis objetivo del planteamiento de esta disposición, y con los antecedentes que se han explicado hace pensar que los términos seguían estando a voluntad de los jueces y oidores, pudiéndose alargar o acortar sin mayores justificaciones que la valoración de las circunstancias que la parte actora alegue.

En un pequeño muestreo de pleitos seguidos ante distintos órganos, unipersonales y colegiados, se observa:

1- En tres pleitos seguidos ante el Alcalde Mayor de Segovia en 1755, 1757 y 1765, el término que se dá al demandado para que alegue derecho es el de **tres días** ²⁴⁴. **Tres días** también ante el Alcalde Ordinario de Villacastín en 1751, ²⁴⁵que se reduce a **dos días** en 1723 ante el

²⁴³ Ibidem.

²⁴⁴ A.H.P.S. J-1236/11, 1027/3 y 1235/2.

²⁴⁵ CHAN.VALL. P.A. 3782-3.

Corregidor de Olmedo.²⁴⁶ **Dos días** en un pleito sobre obra nueva que es especial y sumario ante el Alcalde Mayor de Zamora en 1768,²⁴⁷. El término se prolonga hasta **cinco días** ante el Alcalde Mayor de Paredes de Nava en una reclamación de ejecución de contrato de obra en 1796,²⁴⁸ y hasta **quince días**, ante Presiedente y Oidores de la Chancillería de Valladolid en un pleito por Caso de Corte en 1757.²⁴⁹ Predominan con mucho los plazos cortos, entre **dos y cinco días**, ante órganos unipersonales, Alcaldes Ordinarios y Mayores y Corregidores, siendo el más extenso el acordado por Presidente y Oidores de la Cancillería. En esta confusión legal y práctica los autores no se decantan por la fijación de un término único, sólo **Gómez Negro**, diciendo que **debe fijarse un término** dentro del que se presente el demandado, cuyo término está fijado por las leyes y es de **nueve días** contados desde que notificó el emplazamiento. Se puede concluir:

1º.- Los plazos para contestar al emplazamiento no estaban prefijados, pese a la regulación de la Ley Recopilada.

2º.- era la discrecionalidad del juez la que fijaba el término para contestar a la demanda.

3º.- Los términos eran menores en los órganos unipersonales que en la Chancillería.

4º.- **Tendencia a la perentoriedad del término.** La existencia de un término para responder al emplazamiento y con ello a la demanda no evitaba en la práctica la reiteración evasiva del demandado. Se solían hacer tres citaciones o emplazamientos si estaba el demadado

²⁴⁶ CHAN.VALL. P.A. 3782-4.

²⁴⁷ CHAN.VALL. P.A. 2791-2

²⁴⁸ CHAN.VALL. P.A. 3581-2.

²⁴⁹ CHAN. VALL. P.A. 2987-2.

en el pueblo,²⁵⁰ siempre que lo pidiese la parte y se le acusasen las correspondientes rebeldías. En el pleito seguido ante el Corregidor de Olmedo entre 1708 y 1723 para el sancamineto de un venta de tierras, el demandante presenta un escrito diciendo que se mandó dar traslado de la demanda a los demandados y

" dióseles y no han respondido cosa en contrario y el término en que habían de haber repondido es pasado y días más, por cuya razón les acuso la rebeldía. [...] Por acusada la rebeldía, notifíqueseles y repondan dentro del segundo día a lo que se les está mandado, con apercibimiento y en caso necesario se despache mandamiento".²⁵¹

Todo esto ocurría en 1708, y desde que se notificó por mandamiento a los demandados el segundo término, el pleito estuvo parado **doce años**. Después de este tiempo, la misma persona con otro procurador presenta una petición diciendo que

" respecto de no haber dicho ni alegado cosa alguna, suplico a VM. se sirva de mandar se vuelva a notificar **por retardado** [...] para dentro de un breve término".²⁵²

A esta petición, el juez acuerda dar traslado de todo lo actuado a los demandados para que "dentro de tercero día repondan lo que convenga a su derecho". Una vez verificado el traslado a los demandados, el demandante vuelve a presentar una petición en la que dice que ha pasado el término y más días, y los demandados no han dicho ni alegado cosa alguna, por lo que les acusa la rebeldía. El juez les tiene por acusada la rebeldía y acuerda que se les vuelva a notificar por **segundo término** dentro de tercero día, con apercibimiento que de no contestar dentro del

²⁵⁰ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 72.

²⁵¹ CHAN. VALL. P.A. 3782-4.

²⁵² Ibidem.

término "se pasará a lo que haya lugar en derecho". Sin tener en cuenta el período de inactividad procesal, que en este caso sería imputable al actor dado el carácter de justicia rogada que informa el proceso civil, a los demandados se les dan tres traslados para contestar a la demanda, con términos cortos, pero que al fin dilataban el curso de los autos, teniendo en cuenta el tiempo que mediaba entre petición-auto-notificación. Esta práctica era la que intentaba evitar el capítulo 3 de las Ordenanzas de Madrid,²⁵³ en las que se establecía que el término de los emplazamientos debe ser único y perentorio, con la misma fuerza que si fuesen asignados tres términos, no teniendo el actor que acusar la rebeldía mas que al final del único término. Se evitaban así "atender los nueve dias de Corte, ni los tres de pregones que disponían las leyes de los ordenamientos y estilo de la Audiencia". El término de treinta o cuarenta días que se fijaba el el capítulo 2 de las mismas ordenanzas, quedaba fijado como **único y perentorio**. **Tapia**, insiste en la necesidad de que los Jueces apliquen la ley Real, considerando que "no se excederán por seguir con todo rigor las leyes patrias".²⁵⁴

De todo lo expuesto, se puede deducir que los términos de los emplazamientos no eran uno sino varios: dos o tres, que dependía del actor el pedirlos en la práctica y que la obligatoriedad de la sujeción a un único término perentorio en la práctica no era frecuente.

EL TIEMPO DE HACER EL EMPLAZAMIENTO es el de los días no feriados, ya que en estos días no se pueden hacer actuaciones procesales, y las que se hiciesen serán nulas, lo mismo que los emplazamientos hechos en la noche, ya que debían hacerse entre la salida y la puesta del sol. Tanto el día como la hora pueden ser habilitados por el juez, siempre que exista una causa de "utilidad pública o privada", aunque es necesario que el citado comparezca para que

²⁵³ N.R. 2.3.4.

²⁵⁴ Ibidem.

sea revalidada, por lo que se supone que la habilitación de día feriado o de hora nocturna por sí misma no tiene validez total, haciendo falta la confirmación por la comparecencia del citado.²⁵⁵

4.7. EMPLAZAMIENTO FUERA DEL TERRITORIO.

Se han visto más arriba todas las posibilidades que pueden surgir cuando se va a emplazar a alguien dentro de la jurisdicción del territorio del juez que acordó el emplazamiento. Veamos que puede ocurrir si el demandado no vive en el mismo término municipal en que reside el juez que le manda emplazar.

En primer lugar puede ocurrir que el demandado, o alguno de ellos viva en un pueblo incluido en la demarcación territorial del Alcalde Mayor o Corregidor pero fuera de la villa en que este reside. En este caso, siendo competente para emplazar la Justicia que conoce del pleito, se pueden tomar dos direcciones:

- mandar un **comisionado** al pueblo. No es frecuente que se den comisiones para sólo emplazar, sino para diligencias de requerimiento de pago o práctica de pruebas, pero si cabe esta posibilidad.

- mandar **despacho** o Carta de Emplazamiento al Alcalde Ordinario para que por él se mande hacer la diligencia de emplazamiento.

- ir el juez de la causa por si mismo a citarle,²⁵⁶. "El Alcalde en los pleitos que a él pertenecieren de librar, que pueda ir por si [...] a emplazar la parte ausente aunque esté en el lugar de otra jurisdicción, para que parezca ante él a cumplir su derecho: y el emplazamiento o

²⁵⁵ TAPIA, Ob. Cit. Pág 69.

²⁵⁶ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 66.

emplazamientos que así fueren hechos sean valederos".²⁵⁷

En segundo lugar, puede ocurrir que el demandado viva en otra demarcación judicial distinta de la del juez que le ha mandado emplazar. En este caso debe librarse **despacho exhortatorio** al juez del lugar en el que reside habitualmente la persona a emplazar,²⁵⁸ aunque sigue abierta la posibilidad de enviar Juez Comisionado.

Conviene en este punto intentar hacer una distinción entre cartas de emplazamiento y despachos exhortatorios de emplazamiento. El matiz esencial que diferencia estos dos documentos está en su **destinatario**, en el distinto carácter de la persona a la que se dirige y para la que se emite. La **carta de emplazamiento** se libra para que el **demandado** conozca por documento público que contra él se ha presentado una demanda, es la traslación hacia el exterior del órgano de la decisión del juez de que se emplazace a quien en la demanda se solicita. El **despacho exhortatorio de emplazamiento** es una comunicación entre órganos jurisdiccionales. El exhorto lo emite un juez que le dirige a **otro juez** la petición de que en su nombre haga el emplazamiento. Por lo tanto, el mandamiento exhortatorio puede contener en sí mismo la carta de emplazamiento, pero una carta de emplazamiento nunca puede ser un mandamiento exhortatorio por sí misma.

Los jueces superiores, entendiéndose como tal los Oidores de Audiencia y Chancillería, pueden citar por medio de despacho o de cualquier comisionado, basándose en que tienen jurisdicción en todo el territorio del reino, o en las demarcaciones de cada tribunal,²⁵⁹. En estos casos en que se considera al comisionado como delegado del Rey o de Tribunal Superior, cuando

²⁵⁷ N.R. 7.3.4.

²⁵⁸ ORTIZ DE ZÚÑIGA. Ob. Cit. Pág.38.

²⁵⁹ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 66.

require al juez del lugar para el cumplimiento de la comisión, sino es obedecido, puede conminarle y exigirle multa, "porque la superioridad a quien representa, y cuyas veces hace, le concede tácitamente la jurisdicción y facultad para mandarle y hacer que le obedezca [...]",²⁶⁰.

Cuando son los propios jueces que conocen de la causa, o los comisionados los que hacen el emplazamiento, deben comparecer antes ante el juez del pueblo en el que van a practicar la diligencia "tomando su cumplimiento".

1º.- emplazamiento hecho por Juez Comisionado. Cuando el juez que acuerda el emplazamiento, aunque vaya asistido por el escribano del pueblo o por el Fiel de Fechos, actúa por nombramiento de comisión o delegación de otro juez, debe acompañar al traslado de la demanda el traslado del título de la comisión para que la parte se instruya en la existencia del nombramiento,²⁶¹ siempre teniendo en cuenta que deben tomar el cumplimiento del juez del pueblo. Si no se acompaña el título o comisión debe dar fé el escribano que asiste al Juez Comisionado de la existencia del nombramiento y su extensión. Aunque cuando es notoria la jurisdicción del juez, no es necesario que en el despacho se incluya literal la comisión del juez, solamente es imprescindible en los supuestos de jurisdicción delegada, que no es presumible si no se pone de manifiesto,²⁶² Al despacho en sí o requisitoria se le debe unir la carta de emplazamiento,²⁶³ con los documentos, demanda y copia del auto.

2º.- emplazamiento por despacho exhortatorio. Práctica más habitual entre jueces superiores hacia inferiores y entre iguales, ya que de inferiores a superiores tiene carácter de

²⁶⁰ TAPIA, Ob. Cit, Pág.75.

²⁶¹ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 77.

²⁶² HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 69.

²⁶³ JORDAN DE ASSO, Ob. Cit. Pág. 285.

suplicatorio, era la forma más frecuente de citar o emplazar al demandado cuando éste vivía fuera de la demarcación del juez que conocía de la causa. Este despacho se solicitaba, y se entregaba a la parte actora en la persona de su procurador, que era quien se encargaba de gestionar su cumplimiento ante la Justicia del lugar donde vivía el demandado.

El despacho exhortatorio tiene el matiz de dirigirse entre jueces de igual categoría, ya que el dirigido al inferior tiene el carácter de orden, y el dirigido al superior el de súplica.

El portador de este documento comparece ante el juez del lugar donde se ha de hacer el emplazamiento y le requiere para que admita y cumpla el contenido del despacho, mandando a su vez hacer el emplazamiento o citación,²⁶⁴

La requisitoria tiene que ir firmada por el juez y por mandato, también el escribano. Una vez que es presentado al juez del territorio al que va dirigido, y con él es requerido debe ser cumplida aunque no lleve ninguna justificación. Para el cumplimiento, se hace primero un requerimiento al juez que a continuación dice por auto que la acepta y ordena que se cumpla,²⁶⁵.

En 1767, ante el Alcalde Mayor de Zamora se presenta demanda, sobre paralización de obra nueva; el demandado no vive en Zamora sino en un pueblo de su jurisdicción, Morales. Para citarle al juicio, se libra despacho dirigido a las Justicias de Morales; en este lugar, casi dos meses después de la emisión del despacho, aparecen las siguientes diligencias:

" En lugar de Morales,[...], como Justicia que soy de Regidor en dicho lugar, hice saber el contenido de éste a la persona de Diego Cabrero (el demandado)" ²⁶⁶

²⁶⁴ ORTIZ DE ZÚÑIGA, OB. Cit. Pág. 38.

²⁶⁵ JUAN Y COLOM, Ob. Cit. fo. 17.

En este caso es el regidor el que hace el emplazamiento, se supone que en ausencia de otras justicias.

4.8. EFECTOS DEL EMPLAZAMIENTO.

Si la demanda, una vez presentada y admitida pone en marcha la actividad del proceso naciendo para el órgano la obligación de poner en conocimiento del demandado la existencia del pleito y llamándole formalmente el mismo para que diga si admite o niega las pretensiones del demandado, la realización práctica del emplazamiento produce una serie de consecuencias de carácter procesal, que efectan a las partes y al órgano.

1º.- previene el juicio,²⁶⁷ ya que por el emplazamiento adquiere el juez prevención en el conocimiento de la causa,²⁶⁸ o lo que es lo mismo, una vez emplazada una persona por un juez no puede serlo por otro de igual jurisdicción,²⁶⁹ aunque si de jurisdicción superior. Este efecto nace de la misma obligación de comparecer ante el juez que ordena el emplazamiento, excluyendo la posibilidad de ser emplazado por otro juez, y en caso de que se hiciese otro emplazamiento pedido por la misma persona y con la misma reclamación, no está obligado a comparecer ante el segundo juez que le llame,²⁷⁰.

2º.- El emplazamiento correctamente hecho interrumpe la prescripción, entendida

²⁶⁶ CHAN.VALL. P.A. 2791-2.

²⁶⁷ SALA, Ob. Cit. Pág. 190.

²⁶⁸ JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pág.285.

²⁶⁹ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 77.

²⁷⁰ P.P. 2.7.3.

como la posibilidad de adquirir una cosa o un derecho por la virtud jurídica de la posesión continuada durante el tiempo que la ley señale, y también la de caducar un derecho por lapso del tiempo señalado. La interrupción de la prescripción juega en dos aspectos diferentes de la relación jurídica:

- en la prescripción adquisitiva, el lapso de tiempo que se exige para que se produzca deja de discurrir desde el momento en que la acción interpuesta por quien intenta evitar que se produzca el efecto ha tenido su enganche procesal por medio del emplazamiento. Desde este plano la interrupción de la prescripción afecta a la parte que se demanda, ya que el ejercicio de un derecho afecta a la consecución de otro.

Según Las Partidas, si alguien hubiese comenzado a ganar por tiempo cosa ajena, si fuese emplazado sobre ella o se la hubiese demandado en juicio por el anterior poseedor, se pierde el tiempo transcurrido a su favor ²⁷¹.

- en el caso en que el transcurrir del tiempo produce la caducidad para ejercitar una acción, que a su vez protege un derecho, la interrupción de la prescripción es relevante para el propio ejercitante de la acción y solo afecta relativamente al demandado por las consecuencias del propio ejercicio.

En cualquier caso, lo que implica la interrupción de la prescripción en el ámbito procesal es la detención del cómputo de un tiempo, paralizándose en coincidencia con el del momento procesal que lo determina.

Si entendemos que el transcurso del tiempo depende de la inactividad de alguien, contrario sensu, su interrupción parece vinculada a alguna actividad de parte interesada. La determinación de cual es el momento (concreción en el tiempo) en que se produce ese efecto dentro del proceso,

²⁷¹ P.P. 29.29.3.

parece que se fija por la doctrina en el del emplazamiento y no en el mero hecho de demandar, como parece que Las Partidas puedan admitir: "le hiciese emplazar[...]o se hubiese demandado en juicio". La trascendencia de la influencia civilista a través de teorías contractualista o cuasicontractualista en la esencia jurídica del proceso²⁷², hace que sea la perfección procesal la que determine la existencia de tal proceso, y por lo tanto el efecto paralizador de un tiempo que determina la obtención de un derecho.

3º.-Perpetúa la jurisdicción del Juez Delegado, aún después de la muerte del delegante,

²⁷³. Para llegar a esta solución se parte en la doctrina de la idea ya expresada de que la llamada al proceso "es fundamento y cabeza sustancial de la orden del juicio", ²⁷⁴ y que vincula a la parte demandada al proceso, comenzando así la relación causicontractual que se considera parte el proceso. Pues bien, si se parte de esta premisa del nacimiento de la relación procesal cuando se formaliza el emplazamiento del demandado, es desde aquí desde donde la existencia de una realidad procesal está clara. Además, si se tiene en cuenta la formulación, también doctrinal, del nacimiento y extinción de la jurisdicción delegada en paralelo a la doctrina del mandato contractual, es lógico que se admita con carácter general que la jurisdicción del delegado se extinga por revocación o muerte del delegante. En el caso de la muerte o pérdida del oficio, al no depender de un acto de voluntad del mandatario, se valora la existencia del proceso como una entidad procesal autónoma que debe seguir discurriendo desde su punto de partida. En la línea de influencia canónica, la desaparición del delegante antes de la contestación determina la

²⁷² VER SUPRA 1.3.1.

²⁷³ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 77.

²⁷⁴ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 65.

extinción de la jurisdicción dada con carácter delegado; ahora bien, en Las Partidas,²⁷⁵ se establece que:

"las cartas foreras que son dadas para mover pleito[...] han tiempo de durar hasta un año seyendo vivo el que la mandó dar, o el que la ganó o aquel contra quien fué ganada, ca muriendo alguno destos no debe valer la carta si el pleito no es comenzado "a lo menos por emplazamiento", mas que comenzado fuese desta manera, debe valerle la carta para deliberarse el pleito donde adelante por ella entre aquellos cuyo es el pleito o sus herederos".²⁷⁶

Se entiende que basta para conservar la jurisdicción el emplazamiento o citación,²⁷⁷ de forma que pueda el juez delegado continuar conociendo de la causa, si la muerte o pérdida del oficio ocurrieron despues del emplazamiento. Se argumenta, siguiendo a **Gregorio López** en la glosa 5 de d.l.21, que debe prevalecer el criterio de la ley de Partidas sobre el de la canónica por ser esta más amplia, ya que "dijo menos de lo que quiso".

4º.- El emplazamiento produce situación de "litis pendencia", consecuentemente, la cosa de la que se trata se hace litigiosa, sin que pueda ser anajenada y por lo tanto siendo nula toda enajenación hecha a posteriori,²⁷⁸ . La prohibición expresa de enajenar el objeto litigioso responde a la protección de las expectativas de derecho del actor ante posibles actuaciones maliciosas del emplazado que vende o enajena maliciosamente las cosas, y cuando comparecen

²⁷⁵ P.P. 35.18.3.

²⁷⁶ P.P. 25.18.3.

²⁷⁷ SALA, Ob. Cit. Pág. 143.

²⁷⁸ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág.77.
SALA, Ob. Cit. Pág. 190.

dicen que no tienen que responder por que no tienen las cosas sobre las que se les demanda, ²⁷⁹.

Consecuentemente la enajenación es nula y la cosa debe retornar al poder del que la anajenó. Si el comprador conoce el engaño, pierde el precio pasando íntegro como pena de la Cámara, y si hubiese comprado de buena fé, puede reclamar el importe entregado, más la tercera parte como pena, quedando las otras dos partes para el Rey.

A esta prohibición de enajenación y su consiguiente e intrínseca nulidad se reconocen **tres excepciones** en las que se mantiene interinamente la enajenación, hasta que resuelto el pleito se vea si el demandante tiene derecho a la cosa que pide, ²⁸⁰:

- cuando se enajenó por última voluntad,
- si la enajenación se hizo para constituir dote
- cuando la cosa objeto del pleito pertenece a muchos, y la quieren enajenar los unos a los otros, ²⁸¹. En cualquier caso, este tercer poseedor debará comparecer y contestar a la demanda, constituyéndose como una parte en el proceso.

5º.- Obliga al empalzado a comparecer ante el Juez, aunque no sea competente, por tener privilegio de no ser reconvenido ante él, ²⁸² porque "así se corresponde a la honra del lugar y poder que tiene el juez por el Rey". Basta con que enseñe el título de privilegio, bien ante el escribano en el mismo acto de la notificación, o bien mediante privilegio ante el juez para que

²⁷⁹ P.P. 13.7.3.

²⁸⁰ SALA, Ob. Cit. Pág. 190.

²⁸¹ JORDAN DE ASSO, Ob. Cit. Pág. 286.

²⁸² SALA, GÓMEZ NEGRO, Ibidem.

reconozca su privilegio, ²⁸³.

A la obligación de comparecer se admiten otras excusas más genéricas, tales como el impedimento por enfermedad, encontrándose de viaje, o en ocupación urgente en servicio del Rey, incluso en bodas y funerales de parientes y amigos, ²⁸⁴. Tampoco tienen obligación de comparecer los que sufren grandes catástrofes, como riadas, nieves, tempestades o peligro de muerte, ²⁸⁵.

6º.- Vincula al emplazado a seguir el pleito ante el Juez competente cuando se le emplazó, aunque después haya dejado de serlo por cambio de domicilio o por otra causa, ²⁸⁶. El cambio de morada de un lugar a otro, aún fuera de la jurisdicción, no excusa al emplazado a responder ante el juez que ordenó su emplazamiento, ²⁸⁷.

²⁸³ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 78. Añade: "Y así se practica en Madrid".
VER SUPRA 4.4.

²⁸⁴ JORDAN DE ASSO, Ob. Cit. Pág 286, y P.P. 2.7.3.

²⁸⁵ P.P. 11.7.3.

²⁸⁶ GOMEZ NEGRO, SALA Ibidem.

²⁸⁷ P.P. 12.7.3.

CAPÍTULO V.- ACTITUDES DEL DEMANDADO DESPUÉS DEL EMPLAZAMIENTO.

Si el trasladar la demanda a la persona contra la que se dirige, y llamarle para que la conteste dentro del ámbito del proceso, es el primer eslabón de una dialéctica procesal encaminada al resultado último, la decisión judicial, las actitudes que puede tomar el demandado ante este planteamiento determinan que el curso del proceso se desarrolle en distintos planos o situaciones según que, si no contesta, si contesta y se allana, si contesta y excepciona, y si contesta y niega la demanda, e incluso reconvenciona. De la elección de cada una de estas actitudes por parte del demandado depende, no sólo la producción de efectos procesales para el mismo, sino la toma de determinadas decisiones por el juez, en función de los planteamientos procesales que de ellas deriven.

Siguiendo la línea mantenida hasta ahora, que es buscar el hilo conductor de los momentos procesales, vamos a estructurar el contenido de este epígrafe, según las posibles actuaciones que se pueden producir desde que el demandado ha sido efectivamente emplazado.

5.1. PRESENTACIÓN DE EMPLAZAMIENTO E INCOMPARECENCIA DEL DEMANDADO

En los casos en que el emplazamiento se lleva a cabo fuera del lugar de residencia del titular de la jurisdicción, se entrega un despacho dirigido a las justicias del lugar en el que vive habitualmente el demandado para que, auxiliado jurisdiccionalmente, hagan el emplazamiento. Este documento que se entrega a la parte que lo solicita y que es la encargada de que se haga

cumplir lo que en él se ordena, se presenta al Alcalde correspondiente, que a su vez encarga al oficial de justicia que haga lo que en el mismo se pide o "interesa". El despacho original se queda en el oficio del escribano encargado de hacer la diligencia, así como el propio emplazamiento, con todas las vicisitudes que puedan acaecer. A la parte que lo presentó, se le entrega **un testimonio de despacho y diligencias** que es el que va a presentar en el órgano que expidió el documento original, con el fin de que en los autos quede constancia de que se ha hecho el emplazamiento, o bien las posibles incidencias ocurridas en el diligenciamiento.

En estos casos, se aporta con un pedimento, por el que se presenta el emplazamiento notificado, afirmándose en todo lo que por su parte se ha dicho y alegado, suplicando que se le tenga por presentado, y que haga como la parte ha pedido¹²

A pesar de que esta petición no debe expresar nada más que se aporta el despacho de emplazamiento para que se una a las actuaciones y se tenga en cuenta, la tendencia de los letrados a alegar en todos los escritos, permitía que también en este pedimento la parte que lo presentaba hiciese manifestaciones sobre el fondo. Valga como ejemplo el documento siguiente en el que se introducen alegaciones en un momento procesal atípico

"Laurencio de Zarza (Procurador) en nombre de Don Pedro Sobrino González Monroy, vecino de la Villa de la Nava del Rey, en el pleito con Manuel Cristóbal y Francisco Redondo (Demandados), hijos legítimos y herederos que quedaron de Antonio Redondo y María Herranz, difuntos vecinos que son y fueron del lugar de Aguasal, sobre que hagan a mi parte buenas cuarenta y siete obradas de tierras en los términos de dicho lugar; [...] que vendieron a Don Diego Sobrino su padre, los dichos Antonio Redondo y María Herranz como resulta de la escritura de venta presentada. Y que paguen a dicha mi parte los frutos y rentas que han podido rentar desde el otorgamiento de dicha venta, las cuales dichas tierras le han salido inciertas= **Digo** que se ha hecho saber dicha demanda a Cristóbal y Francisco Redondo, como consta de la notificación que está al pie del mandamiento que se libró por el señor Licenciado Don Antonio Viar y Rodríguez, Corregidor que fue de esta villa, en veintidós de agosto del año pasado de setecientos ocho, por testimonios de Manuel Martínez Quirós, Escribano que fue de su número, que uno y otro reproduzco, y respecto de no haber dicho ni alegado cosa alguna, **Suplico**

¹² PÉREZ DE AYALA Y AULESTIA. Ob. Cit. fol. 1 de 2ª parte.

a VM. se sirva de mandar se vuelva a notificar por retardado. [...].¹³

En este pleito, por ser "**retardado**", no se aporta el despacho de emplazamiento, sino que se refiere al ya aportado y que la parte solicitante "**reproduce**", es decir, se remite a la presentación y unión a los autos. Es fácil ver, que frente a la simplicidad de la súplica "se sirva mandar se vuelva a notificar por retardado", y a la no menos simple relación de los hechos "Digo: que se ha hecho saber dicha demanda [...], la parte solicitante, después de ubicar el pleito por las partes intervinientes y por el motivo de pedir, hace una alegación para que se le pague lo que se le debe.

En otras ocasiones, al mismo tiempo que se aportaba el despacho con la notificación del emplazamiento, ya se decía que el término del emplazamiento para contestar había pasado y en consecuencia se pedían otras actuaciones del órgano.

"[Encabezamiento con Procurador], **Digo:** que a mi pedimento se ganó despacho de este Tribunal para que la Justicia que fue en el año de mil setecientos sesenta y cuatro reintegrara en su Pósito doscientas cincuenta fanegas de trigo, que recibió de líquido alcance, a su favor y del de su Concejo de quien es propio; y aunque se le hizo saber para que al término de tercero día pagasen y pusiesen dicha partida de trigo, en el citado Pósito y Alóndiga, y que de no ejecutarlo así pasaría ministro a su consta a hacerlo cumplir; aunque el citado término es pasado y mucho más **como aparece de notificación puesta a continuación del citado despacho en menosprecio de los mandatos de este Tribunal, que para más verificación en la debida forma presento [...]**".

A esta petición se dicta Auto: "Por presentada con el despacho que expresa (siguen decisiones sobre subsiguientes actuaciones).¹⁴ Aunque la petición podía resumirse en decir que presentaba el emplazamiento notificado.¹⁵

¹³CHAN. VALL. P.A. 3782-4.

¹⁴A.H.P.S. J-1027/3

¹⁵CHAN. VALL. P.A. 2791-2.

"[...] en el pleito con [...],// presento con juramento y con forma esta vuestra Real Provisión de Emplazamiento a mi parte librada, y notificada en forma a la contraria, por tanto, y afirmándome como me afirmo en todo lo por mi parte pedido, y lo para ello dicho y alegado, y siendo necesario haciéndolo de nuevo// a V.A. suplico se sirva de hacer y estimar en todo como antes de ahora tengo pedido, y en que insisto; justicia"¹⁶

La incomparecencia del demandado.

Si en un momento arcaico del desarrollo del proceso, la incomparecencia del demandado suponía la detención de su curso, la influencia del Derecho Común sobre la evolución procesal supone una solución jurídica para el supuesto de la no comparecencia del demandado, permitiendo que continúe sin su presencia, aliviando los efectos patrimoniales y personales al incomparecido como eran la posesión de bienes y la prisión por deudas.¹⁷ Esta solución suponía la entrega de la cosa litigiosa al demandante, aunque sin prejuzgar el resultado final. En este punto, se instalaba una **ficción jurídica** consistente en **suponer** la comparecencia de demandado, una supuesta o admitida "litis-contestatio" entre las partes para respetar el desarrollo del proceso y tras este requisito, si la incomparecencia era pertinaz, podía el demandante pasar a poseedor o dueño de la cosa.¹⁸ El hecho de entregar la cosa litigiosa al demandante en el caso de que el demandado no contestase a la demanda, tiene una marcada raíz germánica, como un residuo de la *Gewere* que se mantiene y convive con la gran trayectoria de influencia que vino a suponer en los derechos europeos la recepción del Derecho Común, con su gran carga de Derecho Canónico; como se verá más adelante, procede de su concepción privatista y contractualista, el que en el proceso español en general haya quedado como una institución jurídica más la *litis-contestatio*,

¹⁶CHAN. VALL. P.A.2987-2

¹⁷LALINDE ABADIA, Ob. Cit. Pág. 777

¹⁸PÉREZ PRENDES, Ob. Cit. Pág. 1273.

aunque en determinados momentos la institución se base en una ficción, jurídica, sí, pero ficción al fin y al cabo.

La primera cuestión a fijar es desde cuando se debe tener por incomparecido a la parte demandada. Si el resultado último de esta situación procesal es la declaración de rebeldía del demandado no comparecido y el seguir el pleito en su ausencia, hasta llegar a esa declaración de rebeldía de la parte demandada, se establece una situación transitoria en la que los elementos personales del proceso siguen siendo dos, el juez y el demandante, y entre ambos tienen que solucionar la situación para que los elementos sean tres, juez, actor y demandado.

En primer lugar, hay que establecer como premisa básica que el demandado no ha comparecido; para ello hay que comprobar que ha transcurrido el término que se le dio para comparecer y contestar: "que el término es pasado y más días", le decía el actor al juez, para que examinase el escribano lo actuado y si ciertamente había transcurrido el plazo dado por el juez, tenerlo por tal.¹⁹ Pero era el demandante el que se lo debía pedir al juez; sin esta petición el juez no actuaba y el pleito moría en sí mismo por el paso del tiempo, dado que no caducaba la instancia, pudiéndose convertir en un pleito retardado. En el mismo pedimento, el actor, después de decirle al juez que había transcurrido el término dado sin que el demandado dijese nada, pedía al juez que le acusase la rebeldía. La cuestión de fijar el momento en el que al demandado que no ha comparecido ni contestado, la doctrina la ve desde una óptica muy especial: el momento es el fin del término señalado para comparecer **pero antes de ser pasado**, porque después de

¹⁹ Para el cómputo de los términos y plazos, es difícil hacer un seguimiento, ya que no constaban en los autos las fechas de presentaciones de pedimentos, haciéndose necesario guiarse por la fecha del auto o decreto que se dicta a cada petición. En cualquier caso, las peticiones pocas veces se presentaban en los días justos, sólo cuando alguna de las partes tiene prisa por apremio de algún gasto, como el pleito de Obra Nueva seguido ante el Alcalde Mayor de Zamora y Jueces Consistoriales de la misma ciudad entre 1766 y 1768; en él, el demandado tiene prisa por que hagan todas las actuaciones ya que en tanto no se resuelva tiene parada la obra y le supone un gasto, por ello acusa las rebeldías en el mismo día en que vencen los términos. CHAN. VALL. P.A. 2791-2.

pasado "la citación queda circunducta" y hay que volverla a hacer.²⁰ Parece difícil decir cual será este día en que el término finaliza, pero no está pasado. Desde luego, como se ha visto, la práctica habla constantemente de que **el término es pasado** y que no es precisamente el día de su finalización.

"[...] a quien se dio traslado de mi pretensión; y aunque se le notificó el auto, **es pasado el término** y no ha comparecido a decir cosa alguna, **por lo que le acuso la rebeldía**: Suplico a Vmd. se sirva haberla por acusada".²¹

De momento pues, sólo se precisa tener al demandado por **no comparecido** y para ello basta la constancia de que fue emplazado, de que el término ha transcurrido, incluso en exceso, y la inexistencia de cualquier manifestación o alegación por parte de la persona obligada a comparecer y contestar.

Para el cómputo de los días, **Martínez Salazar** dice que si el último día para contestar fuese feriado, se debe admitir la contestación por el juez o el escribano, poniendo nota o fe del día y hora en que se hace.²² Ahora bien, con el tiempo se fue fijando la práctica de no computar los días feriados, aunque la última valoración de este momento la tenía el juez que era quien decidía discrecionalmente si la contestación estaba presentada en tiempo.

A) EFECTOS DE LA INCOMPARECENCIA DEL DEMANDADO.

Si el demandado no va a decir y alegar lo concerniente a su justicia, "si el término es pasado, se proveerá y determinará según el Juez lo tenga por derecho"; y los autos y diligencias

²⁰ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 67. El autor en nota refiere a Paz, Gregorio López, Salgado, Vela y Covarrubias para afirmar esta idea.

²¹ MARTÍNEZ SALAZAR, Colección de Memorias y Noticias del Consejo. pág. 143.

²² MARTÍNEZ SALAZAR, Ob. Cit. Pág. 148.

se harán y substanciarán en su ausencia y rebeldía en los estrados de la Audiencia Pública, causándole el mismo efecto que si se le hiciesen personalmente las notificaciones.²³ En resumen, esto es lo que se decía en un auto en el que se acordaba el emplazamiento, y al darle traslado de él al demandado se le advertía de los efectos procesales de su incomparecencia, y que esencialmente eran dos:

- **el pleito continuaría su curso**, y el juez lo fallaría y determinaría según su criterio y conforme a derecho, pero sin que las alegaciones y pruebas de la parte demandada pudiesen pesar sobre su decisión. Únicamente tendría en cuenta las que el demandante hubiese aportado al proceso,

- **todo lo que se actuase desde ese momento se lo comunicaría el demandado en los estrados de la Audiencia**, y estas comunicaciones tendrían el mismo efecto que si se le hiciese en su persona, es decir, le correrán términos y transcurrirán las fases del proceso sin su intervención.

En **Las Partidas** se fijan distintas penas pecuniarias que se impondrán a los demandados incomparecidos, variando la cuantía según su condición social. La justificación es que, desprecian el mandamiento de aquellos a quienes deben obedecer por no querer entrar en el pleito en el que fueron emplazados. Pese a ello, dice **Sala** que la práctica no tenía en cuenta estas multas, simplemente se señalan los estrados del Tribunal como si fuesen el Procurador, leyéndole allí las providencias del juez, que le causarán el mismo perjuicio que si les hiciesen en sus personas las notificaciones.²⁴

Esta **ficción jurídica** de notificar al demandado a sabiendas de que no se va a enterar, ni

²³ Ibidem. pág. 142.

²⁴ SALA, Ob. Cit. Pág. 191

tan siquiera estar presente, responde a los mismos criterios que informan la institución de la **rebeldía** como solución para que la litis-contestatio siga existiendo aunque el demandado no conteste a la demanda y así poder tener por perfeccionada la relación cuasicontractual que a su vez determina la existencia del proceso imprimiéndole el carácter de relación interpersonal.²⁵ En cualquier caso, **el efecto inmediato** de la no comparecencia del demandado es que se abre la posibilidad de que se le acuse la rebeldía, y en consecuencia, el pleito se seguirá en su ausencia y se le comunicará lo actuado en estrados, sin que pueda decir ni alegar cosa alguna desde este momento.

B) EXCUSAS QUE PUEDE ALEGAR EL DEMANDADO PARA NO COMPARECER.

Los efectos que produce la incomparecencia quedan anulados en los casos en que el demandado puede alegar justos motivos que le han impedido cumplir con el mandato del juez de contestar en el plazo señalado y consecuentemente cumplir con la primera obligación procesal. Así las penas que se imponen al demandado en la Ley de Partidas, son para los casos en que **no quiere comparecer**, no para cuando **no puede venir al pleito**. Los casos en que el emplazado no puede venir a la causa por **motivos de fuerza mayor**, tales como enfermedad o catástrofes naturales, son aquellas que quedan fuera de su voluntad y son motivos externos o ajenos a su persona.²⁶ A estos motivos para excusar el demandado su comparecencia, se les añade el de considerar que el juez que le ha emplazado no es competente,²⁷ que se le mande comparecer en días de ferias, prohibición de su propio juez o estar llamado por tribunal superior. Así, al

²⁵ VER INFRA 5.8

²⁶ BERNI Y CATALA, Ob. Cit. not. pág. 63.

²⁷ La incompetencia jurisdiccional es tratada por la mayoría de la doctrina como una excepción para plantear con carácter previo a la contestación a la demanda.

ignorante y al rústico, al menor y al impedido no les corre el término, ni pueden ser considerados rebeldes; por ello, en cualquier momento que se presenten ante el juez, justificando el no haber podido comparecer y responder a la demanda, conservan el término dado para la contestación. Y el caso de que hubiese sido acusada la rebeldía, por ser presunta y ficta, ha de ser alzada, y debe prevalecer la verdad.²⁸

5.2. LA CONTUMACIA

En este punto conviene plantear de nuevo una **cuestión terminológica**, sobre la utilización de los conceptos **contumacia** y **rebeldía**. Como en otras ocasiones que ya se han visto, la doctrina clásica y la práctica, más moderna, confunden ambos términos jurídico-procesales, utilizándolos indistintamente como si de conceptos análogos se tratase, y desde luego hay analogía entre contumacia y rebeldía: son dos situaciones procesales en las que la base fundamental es la no comparecencia, y desobediencia al mandato de un juez para comparecer ante él en una causa o pleito. Pero la madeja conceptual que forman los autores puede ser desentrañada si se hace una distinción inicial del contenido de los dos momentos procesales.

1º.- La contumacia es la acción de no comparecer y desobedecer. Exige necesariamente tres requisitos:

- la llamada al proceso como un mandato judicial.
- que el llamado sea o pueda ser parte.
- que desobedeciendo este mandato no comparezca.

La contumacia hay que dejarla en el plano de los hechos: es una **actitud** que puede tomar el demandado cuando se le llama en un pleito, que indudablemente tiene un contenido de

²⁸ CONDE CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 40.

negativa o desobediencia, y al mismo tiempo de aceptación de las condiciones y advertencias que se le hacen en el momento de emplazarle.

2º.- La rebeldía implica algo más que una acción: **es un estado procesal**. Va más allá de la mera actuación, ya sea por acción u omisión, del emplazado. **La calidad de rebelde** se adquiere por algo más que la omisión de la comparecencia; en su vista, y a petición de la parte que ha presentado la demanda y solicitado el emplazamiento, debe el Juez **hacer una declaración** dentro del marco del proceso, por la que queda vinculado el demandado incomparecido al resultado último del pleito.

La práctica de los Tribunales, partiendo del hecho de la ausencia del demandado para decir y al mismo tiempo constituirse parte procesal, añadía dos requisitos semiformales:

1º.- Ha de ser el propio actor el que pida del Tribunal que se acuse la rebeldía del demandado que no ha contestado. Se deja así, como en otros muchos momentos procesales, a voluntad del actor la toma de decisiones de impulso procesal.²⁹

2º.- Se precisa una declaración formal del juez, tanto que si el demandado muere antes de contestar, no se trasmite la pena de contumacia a su herederos, y se les debe hacer saber el estado de los autos para que salgan a su defensa³⁰

Pues bien, partiendo de los dos planos, el de los hechos y el de las instituciones procesales, se va a intentar desenmarañar su desarrollo doctrinal, fuertemente condicionado por la influencia romanista del Derecho Común que forzaba el trasunto privatista del proceso para convertirlo en un **cuasicontrato**, necesitando tres elementos procesales: el juez, y las dos partes,

²⁹ En este plano de la práctica ante Tribunales, aclara el CONDE DE LA CAÑADA en su mencionada obra, páginas 91 y 92, que aunque la ley recopilada (NoR 3 y 2.15 11, y 13.4.11.) se refiera a los negocios que penden en Consejos y audiencias, debe entenderse que afecta también a los demás tribunales del reino "su razón y espíritu general y en interés de la causa pública"

³⁰ TAPIA, Ob. Cit. Pág 80.

demandante y demandado para que se produzca la realidad procesal que supone nacida de la voluntad de las partes. Por lo tanto **al hablar de contumacia se habla de hechos y al hacerlo de rebeldía nos referimos a un estado procesal.**³¹ Así, la rebeldía sería la consecuencia jurídico-procesal del supuesto de hecho de la contumacia.

Entre uno y otro momento hay una línea divisoria: **el momento en que la contumacia se convierte en rebeldía**. En principio, para que pueda producirse la declaración de rebeldía debe haber existido primero la contumacia del demandado.

La contumacia sería así la desobediencia del demandado al mandato del juez para que comparezca a contestar la demanda. Presupone la **incomparecencia**, pero para que esta incomparecencia se valore como contumaz hay que añadirle un elemento más, **la valoración que haga el juzgado** siempre a petición de la parte actora.

La primera duda que se plantea es la de fijar en qué momento se debe considerar al demandado contumaz. En un primer paso, hay que fijar que no se ha comparecido después de transcurrido el término dado; debería ser una incomparecencia bastante para que la situación se dé por tal. Pero parece que la práctica no funcionaba en este sentido. El Derecho Real insiste en fijar los términos de emplazamiento y contestación³² (N.R. 1 y 2.3.4. y 1.4.4.) como únicos y perentorios para evitar que se produzcan abusos y dilaciones por la reiteración de los llamamientos. Pese a ello, en la práctica, influida sin duda por los beneficios económicos que para los escribanos suponía la prolijidad de actuaciones, se solía exigir que la incomparecencia

³¹ Esta distinción es meramente formal, para establecer unas categorías metodológicas que permitan situar con claridad las dos figuras procesales. La realidad era distinta: se hablaba indiferentemente de contumacia y de rebeldía, aunque sí se puede conceptualmente separar los dos momentos en el proceso, marcando la diferencia entre situación y declaración procesal. Pese a ello, debe quedar claro que supone una abstracción de la realidad doctrinal y práctica para su mejor comprensión, sin que se pueda referir a bases jurídicas reales.

³² N.R. 1 y 2.3.4.
NoR. 11 y 13.14.11

fuese **reiterada** para que al demandado se le tuviese por contumaz. La reiteración se valoraba como tal después de que se hubiesen producido **tres llamamientos consecutivos**, con tres días entre uno y otro, a petición de la parte demandante.³³

En el pleito sobre saneamiento de la venta de unas tierras seguido entre 1708 y 1723 ante el Corregidor de Olmedo,³⁴ la parte actora pide tres veces que se acuse la rebeldía del demandado. Vamos a ver como se desarrolla procesalmente:

1º.- Comparece el procurador Benavente en nombre de Pedro Sobrino, diciendo que "tiene puesta demanda a Manuel Cristóbal y Francisco Redondo por cuarenta y siete obradas de tierra, sus frutos y sus rentas, como herederos que son de antonio Redondo su padre y de María Hernández su madre, [...] y Vm fue servido de mandar darles traslado, dióseles y no han respondido cosa en contrario, y el término en que habían de haber respondido es pasado, y días más, por cuya razón les acuso la rebeldía". (**primera petición de rebeldía**). Pide se les tenga por acusada. A esta petición, el juez dicta un auto diciendo que les tiene por acusada la rebeldía, que se les notifique, y que respondan dentro del segundo día a lo que les está mandado, con apercibimiento". A 21 de agosto de 1708. Para cumplir lo acordado se libra un mandamiento que se notifica el 28 de agosto del mismo año.

2º.- Dos meses después, el 29 de octubre, con un nuevo procurador, comparece el demandante diciendo "que lo pedido por su parte se mandó dar traslado a las contrarias, el que se les notificó y el término es pasado y días más, y no han dicho ni alegado cosa alguna por lo que acusa rebeldía" (**segunda petición de rebeldía**): pide que se les tenga por acusada y que se mande a las contrarias hacer lo pedido. Recae auto teniendo por acusada la rebeldía y acordando

³³ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 78

³⁴ CHAN. VALL. P.A. 3782-4.

que se les vuelva a notificar por segundo término, para que dentro del tercero día respondan al traslado que se les ha dado, con apercibimiento de que no haciéndolo y pasado se pasará a lo que haya lugar en derecho. Para hacer esta notificación, que se hace el día once, no se libra mandamiento, la notifica el escribano de Olmedo.

3°.- Doce años después, el 2 de diciembre de 1720, y sin ninguna respuesta, vuelve la misma persona a reiterar lo pedido, y por auto se acuerda darles traslado por tercero día que se les notifica el 4 de diciembre. El 22 de enero de 1721, la actora vuelve a presentar petición para que se les acuse la rebeldía a los demandados por haber pasado los días dados (**tercera rebeldía**). Por auto se tiene por acusada la rebeldía y que se les vuelva a notificar por segundo día, con apercibimiento. Las notificaciones se hacen a lo largo del mes de enero.

4°.- Con más rapidez, el día 4 de febrero, se vuelve a pedir que les acuse ~~otra rebeldía (la cuarta)~~. El juez les tiene por acusada la **segunda** rebeldía, en el segundo periodo del pleito mandando que cumplan con lo mandado dentro del día siguiente al de la notificación. El mismo día se les notifica a todos los interesados.

El 1 de marzo contesta uno de los demandados, pedimento del que se da traslado al demandante, y al responderle insiste en que a los otros demandados se les ha acusado dos rebeldías, y por haber pasado el término, les acusa la **tercera (es en realidad la quinta)**. El juez acusa la rebeldía, mandando que se vuelva a acusar por último y perentorio término de dos días. Era el 28 de marzo.

5°.- El 12 de mayo del mismo año, el demandante insiste en que les acusado a las contrarias diferentes rebeldías, sin que digan cosa alguna ni cumplan con lo que les está mandado. En este momento el juez da por finalizada la fase de alegaciones ya que pasa lo actuado al asesor nombrado a tal efecto, sin que se pronuncie sobre la situación de rebeldía,

pasando a recibir el pleito a prueba.

Al ser un pleito retardado se mueve en dos periodos; en el primero se acusan dos rebeldías, y en el segundo tres, aunque hay una petición última sobre la que se no resuelve y que podía considerarse una cuarta solicitud. En total, serían **seis rebeldías**. En cuanto a los días que se dan a los demandados para que contesten, en las **seis ocasiones** varían según criterio del juez. En la primera fase del pleito, en la primera rebeldía se dan dos días y en la segunda tres, es decir se aumentan. En el segundo período, se empiezan dando tres días, para reducirlos a dos, posteriormente a uno, para finalmente dar el último término por dos días. Aunque son plazos cortos, de pocos días, entre la recuperación del pleito por retardado (2 de diciembre de 1720), y el recibimiento a prueba (12 de mayo de 1721), transcurren más de **cinco meses**. Aún teniendo en cuenta que los traslados y notificaciones se han de hacer en lugar distinto de Olmedo, en donde viven los demandados, a veces por despacho y otras por el mismo escribano del pleito, se dilata en muchos días la fijación del momento en que a los demandados se le puede tener por contumaces, o lo que es lo mismo, el momento en que definitivamente se considera que la desobediencia es tan evidente y tan reiterada como para que justifique que se les tenga procesalmente por rebeldes.

La inobediencia al mandato del juez legítimo que llama a alguno en juicio, se comete en siete casos:³⁵

1. Cuando el actor no manifiesta su acción habiéndolo mandado el juez dos o más veces.
2. Aunque el actor manifiesta la acción y el demandado conteste, si no la prosigue a instancias del segundo.
3. En caso de incomparecencia del demandado, o que impida que se haga la citación

³⁵TAPIA, Ob. Cit. Pág. 71.

ocultándose maliciosamente.

4. Cuando no responde a la demanda del actor, o lo hace maliciosamente, pese haberle mandado que lo haga clara y categóricamente.

5. Cuando alguna de las partes no quieren jurar de calumnia mandándoselo el juez.

6. El caso de que no obedezcan la sentencia impidiendo su ejecución.

7. Cuando no quieren contestar a lo que se les pregunta estando delante del juez "y esta es la mayor contumacia por la injuria que le hacen en no darle respuesta, desairando su autoridad en su presencia".³⁶

Gregorio Lopez, en sus Glosa a **Las Partidas**, dice que son tres los modos por los cuales se puede probar la contumacia por tener la litis como no contestada:

1. si no se comparece en el término perentorio, no siendo suficiente una citación, sino ser requerido por tres veces.

2. si se ocultase maliciosamente.

3. si impide que le pueda llegar la citación.

4. cuando el citado viene pero no quiere responder personalmente al juez, porque es mayor contumacia no responder que no comparecer.³⁷

La no comparecencia después de tres llamamientos, el ocultarse para no poder ser citado o impedir que se le haga llegar la citación y comparecer y negarse a responder, son las actitudes del demandado que determinan que se pueda considerar que desobedece al mandato judicial de responder y por lo tanto su postura abre la vía para que el juez, a petición de la parte actora, pueda declararle en la situación procesal de rebeldía.

³⁶ Ibidem.

³⁷ GREGORIO LÓPEZ, Glosa a la ley 1, t. 8, P. 3.

La doctrina elabora cuatro formas de contumacia.

1. **notoria**, cuando el citado en persona responde que no quiere comparecer.

2. **verdadera**, cuando la persona es citada legítimamente y conoce la citación comparece y calla, o no comparece.

3. **presunta**, cuando no consta que el demandado haya sido emplazado, pero se presume como tal mientras no pruebe lo contrario.

4. **ficta**, en los casos en que el demandado dolosamente evita que le llegue la citación, "pues entonces finge y supone el derecho que llegó y fue citado".³⁸

Estas cuatro categorías se resumen en dos grandes grupos:

A) Cuando el demandado comparece y se niega a contestar, o ni siquiera comparece, suponiendo siempre que está correctamente emplazado y por lo tanto, en la acción o en la omisión está implícita la desobediencia.

B) Cuando no hay constancia efectiva de la citación o incluso se sabe la ocultación dolosa del demandado. En el primer caso se **presume** la existencia del emplazamiento correspondiéndole al emplazado la carga de probar que no es cierta tal presunción.

Esta formulación de la doctrina no se corresponde con la exigencia que fue afirmándose de la necesidad de la constancia de la citación primera³⁹. En este segundo planteamiento lo que se crea es **una ficción jurídica** por la que se supone emplazado a alguien que dolosamente se ha ocultado para impedir que llegase a su conocimiento la llamada al proceso; mediante esta ficción se le considera como citado.

Finalmente, en este punto, conviene hacer una aclaración necesaria para evitar la

³⁸TAPIA, Ob. Cit. Pág. 72.

³⁹VER SUPRA 4.5

confusión, o el cruce entre dos momentos procesales que pueden simultanearse, como es la diferencia entre primera y segunda citación, y primera y segunda rebeldía. Si la citación es la llamada a comparecer en el pleito para contestar y decir, y su efecto negativo pone en marcha una serie de mecanismos procesales ficticios para que el proceso pueda seguir su curso dentro de las estructuras semipúblicas, la rebeldía se mueve más dentro del marco de un estado procesal (el de "rebelde") alejándose del plano de los hechos. En las dos instituciones procesales, por la práctica del sistema funcional de la Administración de Justicia de Antiguo Régimen, lo que se produce es una sobrecarga de actuaciones. Como ya hemos visto anteriormente la poderosa influencia del Derecho Común, unida a la a veces descontrolada práctica ante los Tribunales, fue creando unos hábitos procesales de difícil erradicación por la monarquía. En realidad, daba igual que se dictasen leyes tendentes a limitar el exceso de actuaciones superfluas,⁴⁰ el hecho era que el hacer procesal, controlado por escribanos y receptores imponía la reiteración de actuaciones innecesarias, con la colaboración de las partes

Y no sólo era la práctica forense, sino que cuando los autores articulaban explicaciones sobre su sobrepasada existencia, intentaban encontrar su justificación, claro está en el Derecho Romano.

Dentro de la corriente practicista de los autores jurídicos de fines del XVIII, se admite como necesaria para la marcha del proceso la existencia de la rebeldía de las partes, como un medio para estimular la actividad de los litigantes y así corregir su morosidad y malicia. Pero curiosamente, basan su argumentación en el marco de instituciones de derecho privado; nuevamente las justificaciones procesales se apoyan en argumentos que proceden de las

⁴⁰ N.R. 51.4.2., ley dada por Felipe II en 1564, ordenando a los del Consejo y Audiencias concluir con una sola rebeldía; o N.R. 47.4.3. dirigida a Alcaldes y Merinos, para que cuando se acuse la primera rebeldía, manden que en la primera Audiencia la parte responda.

obligaciones privadas basadas en voluntades, no en leyes

En lo que se refiere a la justificación de la existencia de la rebeldía, como un estado procesal, parten de la mora o incumplimiento dentro de plazo de una obligación, ya que una vez que pasa el día señalado, y ha sido instado por el acreedor, el deudor se constituye en morosidad.⁴¹ Aunque fundamenten su opinión en el derecho privado, consideran que no se está en contradicción con las leyes reales, en el sentido de que la parte que no responde en el plazo dado ha de ser considerada rebelde, pues "hay un **cuasi contrato** en todos los juicios, y tiene en ellos grande influencia la voluntad de los litigantes".⁴² Por ello están de acuerdo en que los juicios se acaben por su convención, o se detengan por su tolerancia, no tiene sentido que el Juez le de curso por su providencia. Al fin y al cabo, es una forma de eludir las imposiciones de la ley real, su carácter imperativo queda así vulnerado por la aplicación al proceso de la voluntad de las partes, por mucho que la leyes insistan en la obligatoriedad de declarar en rebeldía a la parte procesal que no responde en su término. Es un predominio y fortalecimiento del principio dispositivo

Por lo tanto, la utilización de la primera, segunda y hasta tercera rebeldía, era una de las muchas prácticas viciadas y viciosas del hacer forense, aunque las leyes reales insistiesen en la obligación de declarar a la parte rebelde con el solo efecto de una sola llamada y una ausencia de respuesta.

5.3. LA REBELDÍA

⁴¹ CONDE CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 88. Se remite este autor, para basarse, a la opinión de romanistas clásicos, como Menoquio y Castillo, incluso hace referencia a una ley de Partidas, 18.11.5., donde se regulan las obligaciones de dar.

⁴² Ibidem.

Siguiendo la línea conceptual iniciada hay que situar la rebeldía procesal en el momento en el que, constando la contumacia del demandado como una negativa a obedecer el mandato del juez para comparecer y contestar a la demanda, el órgano jurisdiccional hace una declaración procesal que afecta a la situación del demandado en el proceso. Se hacen necesarias dos circunstancias:

- que conste la negativa a contestar.
- que a petición del actor se declare que el demandado está procesalmente rebelde.

Este sistema procesal sólo surtía los efectos que le eran propios después de haberse declarado las tres rebeldías que la práctica había impuesto. Es decir, el demandado no tenía la condición de rebelde mientras al demandante le cupiese la posibilidad de insistir en nuevas declaraciones de rebeldía

Situación solamente admitida en la justicia civil y restringida en la penal, permite solucionar la no comparecencia del demandado y liberarle de los efectos personales y patrimoniales de la incomparecencia, permitiendo que el proceso continúe en su ausencia.⁴³

La rebeldía como institución reguladora o normalizadora del curso del proceso, era utilizada en mayor medida en los procesos civiles que en los criminales. En estos procesos, en los que la prisión preventiva del reo era la situación normal, si el presunto delincuente no era encontrado, se le llamaba por pregones con el fin de que se personase voluntariamente. Se hacían tres llamadas sucesivas en los estrados y fijando edictos en lugares públicos, y una vez comprobada la incomparecencia, era declarado en rebeldía y el proceso continuaba en su ausencia.⁴⁴

⁴³ LALINDE ABADIA, Ob. Cit. Pág.777.

⁴⁴ MARÍA PAZ ALONSO, Ob. Cit. Pág 175.

Puesta en relación esta rebeldía con la de los pleitos civiles, contiene un elemento fundamental de diferenciación: la ausencia del reo como premisa para iniciar las llamadas al proceso. En los pleitos civiles, esta ausencia no era requisito para ser declarado en rebeldía; el demandado presente podía eludir la comparecencia y respuesta, y aunque las consecuencias son las mismas, el punto de partida no siempre coincidía. En cuanto a las llamadas, que en el marco de la justicia penal pueden entenderse como una garantía formal para el reo y una medida de aseguramiento de que ha tenido conocimiento de la existencia del un proceso en su contra, pueden ser el origen que viniese a justificar la complicada y desmedida práctica de la acusación de tres rebeldías para poder llegar a la declaración final de la situación procesal.

Según se deduce de lo expuesto en el epígrafe anterior, para que se pueda llegar a esta declaración jurisdiccional era necesaria la constancia de la negativa del demandado a comparecer. Y así como la práctica había introducido tres citaciones para que exista contumacia, siendo suficiente una sola, así también para declarar a uno rebelde se ha introducido que se le acuses tres rebeldías, con término de tres días entre una y otra. Y sólo en la última de ellas se le puede declarar como tal y tener por contestada la causa.⁴⁵

Vuelve a verse como los autores, especialmente los prácticos de finales del XVIII, asumen como doctrina lo que la práctica a impuesto frente al derecho real, que en este caso concreto de la rebeldía del demandado previene que se tendrá por confeso al demandado que no conteste a la demanda en los días que fija la ley acusándole una sola rebeldía.⁴⁶ Se supone que la rebeldía se le puede acusar al demandado de plano, teniéndole por confeso *ipso iure*,⁴⁷ sin que

⁴⁵ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 78.

⁴⁶ N.R. 1.4.4.

⁴⁷ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 72.

medie solicitud de la parte instante del pleito, "pero la práctica y estilo de los tribunales ha recibido por constante que el actor, pasado el término de los nueve días, acuse al demandado la rebeldía para que con esta previa diligencia se tenga por confeso",⁴⁸ "precedida la acusación de rebeldía conforme a la práctica y estilo de los tribunales".⁴⁹

En la detallada obra que **Escolano de Arrieta** escribe sobre la práctica en el **Consejo de Castilla**, parece desprenderse un mayor acercamiento de esta práctica a la legislación real, aunque se reconoce la necesidad que el actor acuse la rebeldía en el momento de presentar el emplazamiento, solicitando que se hagan los autos en estrados. Una vez que la escribanía ha comprobado que la citación está correctamente hecha y que es pasado el término, se pone un decreto en el que se tiene por acusada, acordándose que se hagan los autos en estrados. Al día siguiente, la parte actora tiene que presentar otro pedimento que se llama de **afirmativa**, en el que se afirma en lo que dijo y pidió en su demanda. De esta petición, se da traslado en los estrados. A los tres días se debe presentar otro pedimento en el que definitivamente se pide que le acuse la rebeldía, en el que recae decreto por el que se acusa.⁵⁰ Como se ve, admite el Consejo que a la primera solicitud de rebeldía sea tenido por rebelde el demandado, ya que se acuerda se le siga el pleito en estrados, sin más llamada. El especial matiz lo pone el que se le exija al actor una confirmación de su petición, de la que se da traslado al demandado en los estrados del tribunal.

Con ello ya se está admitiendo la ficción jurídica de la declaración de rebeldía pues al demandado se le comunica una petición del demandante sin su presencia en el pleito; se da así

⁴⁸ CONDE CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 40.

⁴⁹ Ibidem, pág. 45.

⁵⁰ ESCOLANO DE ARRIETA, Ob. Cit. Pág. 355.

un paso más en la aseguración de la petición del actor antes de la declaración definitiva de rebeldía

En los tribunales inferiores la práctica no era la misma que en el Consejo, aquí se seguía la práctica mencionada anteriormente de acusar más de una rebeldía:

"por haberse hecho estilo corriente, que pasados los tres días primeros siguientes al de la notificación de la demanda, acusarse al reo una rebeldía, y otra después de pasados otros tres días, y concluidos estos, otra pidiendo se reciba la causa a prueba, por quedar contestada la demanda con las tres rebeldías, y así se manda por el juez".⁵¹

No era esta práctica uniforme en cuanto a los días que debían concederse al demandado entre una y otra rebeldía: incluso se podía repetir los nueve días de contestar entre la primera y segunda rebeldía, rebajándose después a tres días entre segunda y tercera rebeldía.⁵² Como en los casos de segunda y tercera citación parece quedar al arbitrio del juez la fijación de los días que han de mediar entre las distintas acusaciones de rebeldía, acusaciones que no son más que peticiones de la parte demandante para que el demandado sea declarado rebelde, no haciéndose de oficio, por lo que debe entenderse que recae sobre la parte solicitante la carga de pedir la reiteración en la contumacia del llamado al pleito para que pueda ser así tenido por rebelde con sus consecuencias.

En una demanda de jactancia presentada en 1767 ante el Alcalde Mayor de Villavieja, se presenta un pedimento del demandante en el que se dice que de su última petición se dio traslado (por decreto del día 28 de abril) por término de tres días para responder, y siendo pasado sin

⁵¹JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pág. 20.

⁵²MARTÍNEZ SALAZAR, Ob. Cit. Pág. 144.

haberlo hecho, pide que se le acuse la rebeldía. Se le tiene por acusada y se le da segundo término de tres días para responder con apercibimiento (6 de mayo de 1766). Diez días después, el 16 de mayo la parte actora presenta pedimento en el que dice que a los demandados se les dio traslado de su petición "con cierto término que es lapso y cumplido" sin que hayan comparecido en juicio a decir o alegar cosa alguna ni proponer acción o razón de su derecho; por lo tanto le acusa la primera rebeldía en cuya vista se difiere otro término que así mismo es pasado y persisten en su contumacia, por lo que le acuso segunda rebeldía. Por auto se les tiene por acusados haciéndoles saber que dentro de tres días por tercer término deduzcan sus excepciones. En este caso los demandados contestan en tres de julio del mismo año, y aunque fuera de término (la última notificación es del día 17 de junio) el pleito sigue su curso normal.⁵³ No llega a recaer la tercera petición por lo que no se produce la declaración de rebeldía, hasta este momento los demandados han sido contumaces o desobedientes al mandato del Juez de contestar, pero procesalmente no se establece la situación de rebeldes ya que al comparecer y contestar se les tiene por personados en el pleito y se sigue con su presencia.

En cuanto al origen o el porqué de esta necesidad en la práctica de hacer tres llamadas y que se le advierta al llamado que si no comparece se seguirá los autos en su ausencia, ya que las leyes no lo recogen, aunque sí la necesidad de que no se produzcan estas prolongaciones "porque se aluengan los pleitos por razones maliciosas de los demandados no queriendo responder derechamente a las demandas",⁵⁴ hay que buscarla por el rastro de los autores en la influencia canónica en el proceso civil; así **Martínez Salazar**, para el que sólo en el fuero canónico la rebeldía ha de ser por "tres términos y canónicas moniciones", aunque luego reconoce que en la

⁵³ CHAN. VALL. P.A. 2792-3.

⁵⁴ N.R. 1.4.4.

práctica se han de hacer tres términos.⁵⁵ Lo mismo dice **Hevia Bolaños**, reconociendo explícitamente que en fuero secular basta una sola citación y rebeldía para causar contumacia,⁵⁶ pero en el fuero eclesiástico la citación ha de ser trina por tres términos, y canónicas moniciones, de dos en dos días cada uno más o menos [...] a arbitrio del juez.⁵⁷

No hay que olvidar en este punto⁵⁸, la inmensa trascendencia que tuvo la aportación del Derecho Canónico, precisamente en el plano procesal. Llegó esta aportación en un momento evolutivo del proceso en el que las formas y requisitos procesales necesitaban una fijación; en el procedimiento altomedieval la ausencia de rigor y la flexibilidad estaban presentes. La recepción del Derecho Común, y con él el Canónico, vino a llenar este vacío de contenido, aunque desde la perspectiva del tiempo y de sus negativas influencias, se pueda valorar negativamente. Pero es cierto que el proceso privado, en Europa en general, y en Castilla en particular, se perfecciona en este momento histórico, condicionado por los elementos que el Derecho Canónico había elaborado, en base sus necesidades. Y una de estas necesidades, impuesta a su vez por la **preclusividad de los términos**, era la de garantizar la presencia del demandado en el pleito para que se produjese la efectividad de la **litis-contestatio**.

La trascendencia de la declaración de rebeldía son **SUS EFECTOS PROCESALES**. Partiendo de la idea inicial de que la rebeldía es un estado procesal que le confiere al que así se declara una calidad específica en el curso del proceso, su trascendencia deriva de sus

⁵⁵ Ob. Cit. Pág. 144.

⁵⁶ Recuérdese lo dicho sobre los conceptos de rebeldía y contumacia, y que aquí quedó fijado en sentido inverso al utilizado por el autor.

⁵⁷ Ob. Cit. pág. 67.

⁵⁸ VER SUPRA 1.4.

consecuencias procesales.

A) El primero y más general de sus efectos es que se sigue el pleito en los asientos o estrados del tribunal, manifestándose a ellos las resoluciones judiciales y produciendo los mismos efectos que si se notificasen a la parte misma en persona;⁵⁹ todo ello como si se hubiese comparecido, declarándose contestada a la demanda a la tercera rebeldía que el actor acusa, recibándose el pleito a prueba.⁶⁰

De lo dicho se pueden extraer tres resultados concretos:

- se tiene la demanda por contestada.
- se recibe el pleito a prueba o se resuelve de plano
- a partir de este momento al demandado se le harán todas las notificaciones en estrados

hasta sentencia y tasación de costas en los tribunales superiores, aunque en los inferiores se acostumbre a notificar al demandado si está en el pueblo el auto de abrirse la causa a prueba y la sentencia, notificación que podrá ser personal o por cédula.

Ahora bien, parece que existe una contradicción entre este planeamiento doctrinal y la ley real; en la ya citada ley 1.4.4. de la Nueva Recopilación se ordena expresamente que el demandado que no conteste a la demanda **sea tenido por confeso por su rebeldía**; el ser tenido por confeso en una petición judicial implica el reconocimiento y aceptación del contenido de la petición y por lo tanto el sometimiento a la decisión final del pleito; siendo así, no sería lógico que en la mecánica procesal entrasen más alegaciones ni pruebas del demandante: si el demandado reconoce su petición al confesarlas, aunque sea ficticiamente, puede el juez dictar la sentencia sin más prueba.

⁵⁹ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 79.

⁶⁰ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 73.

Para que al demandado se le tenga por confeso " ipso iure" debe hacer el juzgado declaración en auto o sentencia interlocutoria, ya que la contundencia de la situación necesita de la implicación del juzgador⁶¹

Pero puede ocurrir que el demandante quiere hacer alegaciones que confirman las iniciales y las fijen y que necesite probar determinadas circunstancias; en este caso es necesario que el pleito se reciba a prueba. Cual sea la decisión que tome el juez sobre el recibimiento o no a prueba de un pleito en que la parte demandada está declarada en rebeldía dependerá en cualquier caso de lo que la actora le pida. Vuelve a funcionar aquí el criterio de justicia rogada que informa todo el proceso civil; por él será, el propio demandante, como impulsor casi único del proceso, el que planteará el juzgador en el propio pedimento de rebeldía definitiva si quiere que se reciba el pleito a prueba o que se dicte sentencia con lo que se tiene ya alegado. Depende por tanto del propio demandante el curso a seguir, aunque parece deducirse de los autores y de la práctica que en la mayoría de los casos se proseguía el pleito con las alegaciones, prueba y conclusiones de la actora, hasta sentencia definitiva.

Por lo tanto, esta ficta confesio, también llamada presunta o legal hace las veces de contestación, cerrando la puerta a la posibilidad de plantear excepciones dilatorias. Consecuentemente queda libre el demandado para alegar y probar en el curso del proceso.⁶² Ante la disparidad existente entre la ley y la práctica, los autores críticos del XVIII alzaban su voz de protesta de la situación, y en defensa del Ley Real. **Berní y Catalá**⁶³ insiste en que la ley 1.4.4. de la N.R. es tajante y que el reo debe ser tenido por confeso si no formula su contestación en el

⁶¹ HEVIA BOLAÑOS. Ob. Cit. Pág. 72

⁶² CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 44.

⁶³ BERNI Y CATALÁ. El abogado instruido. pág. 95

término que se le ha dado, considerando la práctica abusiva porque no tiene en cuenta la **ficta confesión** del demandado al no contestar. Insiste en sus consejos a los abogados:

"que nadie se amedrente porque no hay mas práctica y estilo, que las Leyes Reales; mayormente originándose de semejante abuso, el que el reo se esconde para las notificaciones segundas, y se llevan más los escribanos por las diligencias, que lo que importa lo principal de la causa"⁶⁴

Son los vicios intrínsecos de la Justicia Real los que aparecen como evidentes en este consejo, no era una justicia muy eficaz y estaba sujeta a los intereses de ciertos oficiales reales que basaban sus ingresos en el exceso de actuaciones escritas.

Además, la ausencia de contestación del demandado produce un **segundo efecto**; no sólo se le ha de tener como si hubiese confesado ser cierto lo que en la demanda se le pretende, sino que también la demanda se tiene por probada, ya que para demostrar sus afirmaciones la carga de la prueba, se traslada al demandado ausente, " que ha de probar lo que propone contra la intención de aquel que la tiene ya fundada en la presunción o ficción de la ley ⁶⁵.

Puede por tanto el demandado probar lo contrario de lo que es pedido, aunque no haya impugnado la declaración del juez que le tiene por confeso⁶⁶

La práctica, como en otras muchas ocasiones puede desmontar toda la argumentación doctrinal, y por supuesto vulnerar lo dispuesto por la ley. Sirva de ejemplo el pleito de **tenuta**

⁶⁴ BERNI Y CATALÁ, Ob. Cit. Pág. 97.

⁶⁵ TAPIA. Ob. Cit. Pág. 80

⁶⁶ HEVIA BOLAÑOS. Ob. Cit. Pág. 72

que se tramitó la Sala de Mil y Quinientas del Consejo en 1752.⁶⁷ En él, el curador ad litem de un menor, comparece para decir que se le dio traslado de la demanda de tenuta, y pidió los autos para argumentar su defensa, autos que se le mandaron entregar, pero no pudo hacer uso del seguimiento de la instancia por no tener medios; y mientras los demás colitigantes habían introducido sus pretensiones, lo que suponía dejar al menor sin defensa. Pide, que se le tenga por pobre, y **a pesar de la rebeldía**, se le entreguen los autos, por el término ordinario, para así poder argumentar sus defensa. La Sala así lo acuerda el día 23 de agosto de 1752; después se suceden distintas alegaciones de otras partes, y el día 2 de septiembre, la actora pide la declaración de rebeldía, **acusándose la rebeldía por la Sala**. El día 6 de octubre presenta petición el Curador ad litem del menor (por supuesto, por medio de su Procurador), diciendo que habiéndose acordado darle traslado de los autos, mientras tanto se acusó la rebeldía, debido a que el escribano no le entrega los autos si no le satisface los *derechos de tiras*, pide, **que pese a la acusación de rebeldía** se le manden entregar los autos para poder contestar al traslado. La Sala acuerda, que pese a la acusación de rebeldía se le entreguen los autos, que se sacarán del poder del relator. A los pocos días vuelve a presentar petición para prórroga del término ordinario que se le había concedido para que alegase, con la excusa de que el abogado D. Vicente García ha estado muy ocupado e indispuesto.

Como se ve, el hecho de haber sido declarado rebelde (declaración que se traduce en *acusación*) no es obstáculo para que se le abra a uno de los demandados la posibilidad de contestar en el pleito.

5.4. LA VÍA DE ASENTAMIENTO

⁶⁷ A.H.N. Consejos. Escribanía Granados. Pleitos. Leg. 26967.

La consecuencia inmediata de la decisión judicial de tener al demandado por rebelde no sólo permite al actor seguir el pleito en su ausencia proponiendo pruebas y concluyendo hasta sentencia, sino que puede optar por otra vía distinta para resolver el pleito que era la **vía de asentamiento**.⁶⁸

El asentamiento, también llamado **remedio o medio** era una facultad o posibilidad que la ley concedía al actor para llegar a la resolución de un pleito en los casos en que al demandado, emplazado y contumaz, se le tenía por rebelde:

"pone la ley en escogencia del actor admitir el medio indicado de ir por el pleito adelante para probar su intención con testigos u otras pruebas, o pedir que se haga asentamiento".⁶⁹

Del asentamiento como posibilidad de continuar el pleito el actor en caso de no contestar el demandado a lo pedido, tratan **Las Partidas** y **Las Leyes Recopiladas**. Pero no deja de parecer curioso que esta figura procesal, regulada de forma poco usual por ley no se utilizase en la práctica; así lo dice **Tapia**, "que no se estila en la Corte ni en otras muchas partes",⁷⁰ y por esta circunstancia no entra a explicar esta figura procesal.⁷¹ Lo mismo opina **Gomez Negro**,⁷² que dice que la vía de asentamiento apenas está en uso, sin duda porque la vía ordinaria está más libre, ya que como no hay contrario se sigue y termina con la mayor celeridad, y asegura al

⁶⁸ El asentamiento como remedio procesal debe poner al actor en posesión de la cosa, tiene origen económico y procede de un Decreto de Inocencio III. VER MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO "Líneas de influencia económica en el proceso civil" pág. 486

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 75.

⁷¹ En los pleitos investigados no se ha encontrado la práctica de esta posibilidad procesal.

⁷² Ob. Cit. Pág. 80.

litigante para siempre el goce de la cosa pedida, mientras que si se elige la vía de asentamiento está expuesto a que le disputen el dominio de ella.

La justificación podría ser que el asentamiento no es en la práctica nada más que un juicio posesorio, y como nadie puede ser despojado de sus bienes sin ser oído y vencido, se hace necesario justificar el derecho que asiste al que pide, "pero sin estos requisitos no valen rodeos".⁷³

1º.- Concepto de asentamiento.

Las Partidas recogiendo la doctrina romanista del Derecho Común definen el asentamiento como el apoderamiento y aseguramiento en tenencia de alguna cosa de los bienes de aquel a quien emplazan.⁷⁴ Siempre que tenga el actor justificada su acción "pues cada día vemos perderse los pleitos en rebeldía".⁷⁵ Lo ha de mandar el juez a petición de la parte demandante, que como ya se ha dicho puede optar por esta vía o por la de continuar con la prueba para llegar a la decisión final. En cualquier caso, implica una resolución jurisdiccional, que se fija como decreto o sentencia interlocutoria, al ser motivada y como valor de juicio dado sobre pleito, "que no es librado por juicio acabadamente".⁷⁶ Se establece la exigencia de una resolución motivada que implica un pronunciamiento, no de fondo, sobre lo pedido en la demanda, y que sin resolver como un juicio ordinario, viene a solucionar el conflicto privado entre las partes.

2º.- Limitaciones. Aunque en un principio el asentamiento está previsto con carácter general para las reclamaciones en que se ejerciten acciones reales o personales, en 1525, por una

⁷³BERNI Y CATALÁ, Ob. Cit. Pág. 66.

⁷⁴P.P. 1.8.3.

⁷⁵BERNI Y CATALÁ, Ibidem.

⁷⁶P.P. Ibidem. y CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 47.

Ley dado en Toledo por Carlos y Juana, con motivo de la visita de D. Francisco de Mendoza, se manda que no se puedan hacer asentamientos en reclamaciones inferiores a seiscientos maravedíes, y que se han de hacer por mandamiento en los casos de tercera rebeldía:

- se limita el asentamiento a demandas que superen una cierta cuantía, para evitar que por pequeñas reclamaciones se pueda perjudicar a los demandados no comparecidos reteniéndoles sus bienes.

- se manda hacer por mandamiento dirigido a los Alcaldes del lugar donde estuviesen los bienes.

- se está admitiendo tácitamente la práctica de las tres rebeldías, en contraposición por lo prevenido por otras leyes reales anteriores.

Tampoco se admite la vía de asentamiento en las causas beneficios, para no dar entrada viciosamente en los beneficios.⁷⁷

3º.- Requisitos del asentamiento.

A) En principio, para que el juez mande que se siga la vía del asentamiento, sólo se requiere la premisa procesal de la rebeldía del demandado, constatada y declarada, pero ya que el actor puede elegir entre esta vía y la vía de prueba, debe ser la parte interesada quien le pida al juez que se siga este recurso como alternativa al seguimiento del juicio

"pero si el demandador quisiere, y pidiere, que se haga asentamiento, y no quisiere ir por el pleito adelante, a dar pruebas en él, que el juzgador sea tenido a hacerlo"⁷⁸

En el mismo sentido se reitera la siguiente **Ley de la Recopilación**, incluida en las

⁷⁷ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 80.

⁷⁸ N.R. 1.16.4

Ordenanzas de Madrid, donde se admite que si el actor quiere escoger la vía de asentamiento, que se hagan según las leyes de nuestros reinos. Se confirma la ley en las **Ordenanzas de Alcalá**, con el mismo espíritu de posibilidad de alternativa entre la vía de prueba y la vía de asentamiento.

B) En las Partidas aparece otro requisito, y es la exigencia al actor, antes de que el juez mande el asentamiento, de que muestre alguna **caución o fianza**, o que explique los motivos por los que puso la demanda. Por lo menos el juez le debe tomar juramento de que la demanda no la hizo maliciosamente, sino porque tenía derecho para ponérsela. Se entiende esta exigencia como una **garantía** frente a la situación de rebeldía en que se encuentra el demandado, y que puede suponer abusos por parte de quien le demanda y que se pierdan los pleitos injustamente.⁷⁹

4º.- Forma de hacerse el asentamiento.

En el auto o sentencia interlocutoria en que se ordena el asentamiento se tiene que decir que el demandado fue rebelde y que no quiso acudir a contestar a la demanda, por lo que se ordena que al demandante se le ponga en posesión de los bienes del demandado por falta de respuesta de la cosa que pedía como suya. Si la cosa objeto de la reclamación no aparece se mandará poner en posesión de los bienes del demandado, por el valor de la cosa pedida sobre la que no se quiso hacer derecho. Si la petición fuese por una deuda, el juez debe mandar que se entregue al actor, por falta de respuesta, en tantos bienes del demandado como sea la deuda que se le reclama, o por el valor de la obra que debía hacer.⁸⁰

Aunque inicialmente la forma es igual para todos los asentamientos, ya que tiene de común que exista la rebeldía del demandado y que el Juez mande que se haga el asentamiento,

⁷⁹BERNI Y CATALÁ, Ob. Cit. Pág. 67.

⁸⁰P.P. Ibidem.

en cuanto a los bienes sobre los que se ejercita este derecho del demandante varía según sea el tipo de acción ejercitada.

1- Si la demanda fuese sobre acción real, la cosa demandada se ha de entregar al actor.

2- Si la acción ejercida fuese personal, se le entregarán al demandante bienes del reo hasta el importe de la cantidad que se le debe, prefiriendo los bienes muebles sobre los raíces, que sólo se le entregarán en defecto de aquellos.⁸¹

5º.- Quienes pueden hacer el asentamiento.

Para hacer físicamente el asentamiento, distingue la mencionada ley de Partida según quien lo haya ordenado.

- si ha sido el Rey debe hacerlo el alguacil o su propio portero.

- si la orden es de algún juez de la Corte, alguno de los porteros del Rey.

- en los casos en que el mandato haya sido dado por jueces de ciudades, es decir unipersonales, el asentamiento lo pueden hacer ellos mismos, o los hombres que designen para que lo hagan.

Aplicado el espíritu de esta ley a momentos posteriores, por analogía se puede decir que los Alcaldes Mayores, los Ordinarios y los Corregidores pueden efectuar por sí mismos las diligencias propias del asentamiento, que no son otras que la puesta en posesión al actor de los bienes del demandado que se designen, o bien designar la persona comisionada para hacerlo. En los casos en que el asentamiento se acuerde por Presidente y Oidores de Audiencias o Chancillerías, por alguno de los Porteros de ellas, Por último, si en la Sala de Justicia del Consejo se mandase hacer un asentamiento, lo deberá hacer uno de los alguaciles o porteros de este

⁸¹ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 73.

En Partidas, ibidem. se especifica que la entrega debe ser hecha primeramente en los bienes muebles del rebelde, si tuviese tantos como para que se pueda hacer. Y si no debe ser hecha en los bienes que fuesen raíz, hasta la cuantía de la deuda.

órgano.

6º.- Consecuencias del asentamiento. Una vez hecho el asentamiento en los bienes del deudor, la posesión pasa a manos del actor, aunque no automáticamente. Han de transcurrir dos meses si la acción ejercitada es real y un mes si fuese personal, ya que en ese tiempo el demandado puede presentarse y purgar la rebeldía, lo que implica que los bienes le han de ser devueltos y puede ser oído en vía ordinaria. Pero si no comparece en este tiempo "el actor es verdadero poseedor de los bienes, y no está obligado a responder al demandado sobre su posesión, únicamente sobre la propiedad."⁸² Además, si la acción que ha dado lugar al asentamiento es de carácter personal, y si el actor quiere ser resarcido de la deuda, y no sólo tener la posesión de los bienes del demandado, pueden ser vendidos en pública almoneda, por orden del juez, mediante pregones, y del valor de la venta pagarle la deuda y las costas. Si el producto de la venta no es suficiente para pagar estas cantidades, se buscan más bienes y se venden de la misma manera. Si el producto de la venta fuese superior a la deuda y costas, la diferencia se entregará al demandado.⁸³

Cuando el asentamiento se ha hecho sobre bienes raíces pretendidos por acción real, se le da al actor la posesión de los mismos, sirviendo como de apremio al demandado para que purgue su rebeldía, y venga a responder a la demanda en los dos meses que se le conceden; debe entenderse como una finalidad disuasoria del asentamiento para conseguir la presencia del demandado en el pleito. Una vez terminada la moratoria, la reiteración en la incomparecencia no determina como en el caso de asentamiento sobre bienes muebles en acción personal la venta de los mismos y la entrega del producto al actor, sino que adquiere efectiva posesión con los frutos

⁸² HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 73.

⁸³ M.R. I.II.4.

y rentas, que desde entonces produjesen, que es una forma de agravar el apremio y mejorar al actor, no sólo por la ganancia de los frutos, sino que a partir de este momento recae sobre el demandado la carga de reclamar la propiedad en juicio declarativo sobre dominio.⁸⁴

Indudablemente las consecuencias de un pleito seguido por vía de asentamiento, aunque más inmediato y menos trabajoso que los obtenidos por la vía ordinaria, están limitando los efectos procesales a la simple posesión pacífica y legal de una cosa, pero en ningún caso supone una resolución de fondo, que con autoridad de cosa juzgada dirime una contienda y declara unos derechos. De ahí que no sea preferida a la consecución del pleito, pues sus propias limitaciones internas colocan al reclamante en una situación de inestabilidad jurídica, derivada de la posibilidad del demandado de reclamar la propiedad, que le hacen preferir una resolución judicial con carácter definitivo.

Los problemas que se plantean con esta figura procesal parece que derivan de la inconcreción de su naturaleza jurídica y sus efectos. La posesión que se entrega al demandante tiene inevitablemente un carácter de **prenda**, como una idea residual de la prenda de iniciación del juicio, pero no se constituye como tal. Al mismo tiempo, la puesta en posesión de los bienes al actor, implican la imposibilidad de disponer de la cosa que se le entrega, únicamente conlleva su **retención** hasta el momento del pago. Ya en el plano de los efectos, hay una traslación de los bienes del rebelde al patrimonio del poseedor pignoraticio, que puede convertirse en propietario de los mismos por el paso del tiempo.

5.5. LA COMPARECENCIA DEL DEMANDADO.

La otra gran posibilidad que discrecionalmente se concede al demandado emplazado ante

⁸⁴ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 47.

un juez para contestar a una demanda contra él interpuesta, es la de **comparecer**. Comparecer en principio no es nada más que hacer acto de presencia en el proceso; la comparecencia no implica en un primer momento más que el hecho de decir "aquí estoy", después se verá si se dice y lo que se dice. El aparecer delante de un juez en base a un llamamiento procesal debe ir revestido de determinadas formalidades y requisitos que dan a este acto eficacia procesal.

Aunque la obligatoriedad de la representación por medio de procurador se extiende al demandado en igual medida que al demandante, también puede admitirse que en un primer momento el demandado comparezca en persona ante el juez o escribano de la causa y que esta comparecencia tenga valor procesal aunque a continuación deba procederse a los nombramientos de procurador para la representación y letrado para que le asista jurídicamente.

A) La personación del demandado. Cuando una persona comparece ante un juez en base a un emplazamiento mandado por él en un pleito en el que figura como demandado, no lo hace vanamente, es un acto de voluntad que implica la decisión de intervenir en el proceso, es decir, de **constituirse en parte procesal**. El demandado asume así las responsabilidades de ser un elemento, personal, en el pleito y las consecuencias que de este acto se derivan: se le comunicará todo lo que se actúe, y está facultado para alegar y probar. De momento, hasta que conteste o excepcione no ha hecho más que decir al Juez y a la parte actora, que está dispuesto a intervenir en la contienda contra él planteada.

El demandado puede comparecer espontáneamente en el juicio, por si o por procurador antes de ser citado; en estos casos no es necesario hacer citación.⁸⁵ Pero además puede el demandado comparecer y presentarse por si mismo, sin necesidad de procurador, cuando sea

⁸⁵ TAPIA, Ob. Cit. Pag. 69, citando a Bovadilla y Gutiérrez.

vecino del pueblo en el que se sigue el juicio,⁸⁶ aunque la práctica fue haciendo, que debido a la existencia de procuradores de número en los tribunales superiores y en muchos inferiores, no se entregan los autos a las partes en donde los hay, sino a ellos para la mayor seguridad, porque de su devolución son responsables sus oficios, y por la facilidad de apremiarles, es mejor darles poder, ya que sin él a nadie se admite en los Consejos Reales.⁸⁷ Si el sentido inicial del procurador fue el de representar a las partes ante órganos de Justicia distantes de los territorios incorporados, fue perdiéndose ese matiz de necesario por la distancia y se instauró como una profesión más de las que engrosaban el movimiento de la justicia a causa precisamente de su complicación. Para los autores, la práctica y finalmente la legislación, el procurador fue una pieza clave del engranaje judicial. Por ello, la mayoría de las comparecencias ante jueces y Tribunales se hacían por medio de procurador, y pocas, sólo ante Alcaldes Ordinarios, eran personales. Así, lo normal era presentar un escrito por procurador:

"En virtud del poder que presento me muestro parte: suplico a Vm. me admita por tal y que para excepcionar se me entreguen los autos por el término ordinario; y en el ínterin protesto no me corra el término, ni pare perjuicio en justicia"⁸⁸

Comparece el procurador aportando poder de la parte que representa; poder que tiene que estar sujeto a las mismas garantías y requisitos que las exigidas para la presentación de la demanda ⁸⁹; lo reconocerá el escribano, y al mismo tiempo que se ponga en su oficio el pedimento en que se muestra parte, el procurador ha de aceptar el poder, y jurar que cumplirá con

⁸⁶ N.R. 1.2.4.

⁸⁷ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 68.

⁸⁸ MARTÍNEZ SALAZAR, Ob. Cit. Pág. 145.

⁸⁹ VER SUPRA 3.2.3.

la obligación de su oficio. No es necesario extender diligencia en este asunto, y menos que esté presente el escribano, pues la práctica es, que al pie del mismo poder o testimonio de él, el procurador dice: acepto este poder y juro lo necesario, firmándolo.⁹⁰ Igualmente el poder tiene que ser examinado por el escribano ante el que se comparece o por el propio juez de la causa. El procurador, en base al apoderamiento, dice que se muestra parte y que se le admita como tal.

"Manuel José Cantero en nombre de D. Alonso José Zuazo, caballero del hábito de Santiago, vecino y Regidor perpetuo de la Ciudad de Zamora. En el pleito con D^a Josefa Asensio Coronel, vecina de ella, viuda de D. José Antonio Zuazo. **Para ser parte en él** presento con el juramento necesario esta escritura de poder a mi favor otorgada. A V.A. suplico la tenga por presentada y a mí por parte, y mande **se me dé traslado y entreguen** los autos para decir y alegar lo que al derecho de mi parte convenga. Pido".⁹¹

Hay que observar que el compareciente está manifestando una voluntad concreta: la de ser parte en el proceso, pero como no basta esta simple manifestación, pide del juez que se le tenga por tal; no es suficiente la intención del demandado, o de un tercero interesado, en ser parte en un proceso; para que la condición procesal de parte sea efectiva, es imprescindible que sea declarado como tal por el juez en el marco concreto del proceso. Por lo tanto, el juez, una vez examinado el poder del compareciente y la identidad de las personas y peticiones procesales formuladas, si todo es conforme, debe hacer una **declaración procesal de parte**.

Otro aspecto de la comparecencia del demandado para mostrarse parte es que se puede hacer mediante escrito, pedimento, o por comparecencia ante el escribano de la causa con exhibición del poder. Lo mismo que para la demanda se exigía el requisito de escritura pero se

⁹⁰MARTÍNEZ SALAZAR. Ob. Cit. Pág. 146.

⁹¹CHAN VALL. P.A. 2987-2.

permitía formularla por relación ante el juez, al demandado se le permite comparecer sin escrito, simplemente compareciendo y manifestando su voluntad. Así se entiende desde luego para los casos en los que el demandado es vecino del pueblo en el que se sigue el juicio, ya que no debe ser obligado a nombrar procurador, antes bien puede comparecer por sí mismo y defenderse.⁹² Así lo dicen las Leyes 2.2.4.N.R. y la 2.3.11. No.R., cuando dicen que el emplazado, dentro del término venga y comparezca por sí o por su procurador. Se sigue el mismo criterio que en la ley que la antecede, por la que se permite al demandante, que si no deja procurador, deberá designarle al escribano una casa para ser notificado de lo que se actúe, advirtiéndole que si no señala una casa, se le notificarán en los Estrados de la Audiencia. En estos casos, como en otros muchos, la ley era muy sensata: la representación por procurador era realmente necesaria cuando la persona que tenía que pleitear no vivía en la misma población en la que tenía su sede la Chancillería, la Audiencia o incluso el Corregimiento. Era lógico que en estas circunstancias, teniendo en cuenta lo difícil de las comunicaciones y lo largo de los pleitos, se apoderase a procurador para que siguiese el pleito sin tener que estar la parte en el lugar para oír las notificaciones y pedimentos; y consecuencia de ello era permitir que las partes pudiesen actuar por sí mismas, sin representación, en los casos en los que esta distancia no impidiese su presencia en el pleito. Pero como en otros muchos casos, era la práctica de los Tribunales la que determinaba el que se utilizase casi siempre el procurador; así se reconoce cuando se dice que ya que hay procuradores en los tribunales superiores, y en muchos inferiores, lo frecuente es no entregar los autos a las partes en donde los hay, sino a los mismos procuradores, por un criterio de seguridad, al ser responsables de la devolución y lo fácil que es apremiarles.⁹³ Lo que hace el

⁹² TAPIA, Ob. Cit. Pag. 68

⁹³ Ibidem.

autor es justificar una práctica que no se basa en la mayor profesionalidad del procurador, como una garantía de que se obliga correctamente mientras dure la tramitación de un pleito, sino en el propio **oficio de Procurador**, que actúa como una empresa de servicios, es decir, sus ingresos dependen de sus representados, y lógicamente, la gran maquinaria que era la Administración de Justicia a lo largo de todo el Antiguo Régimen, implicaba la actuación del procurador, que era exigida por los escribanos, los que a su vez eran receptores de las peticiones de los procuradores.

B) Petición de los autos. En el mismo acto en que el demandado comparece por medio de procurador y pide que se le tenga por parte procesal, está pidiendo que se le entreguen los autos para así mejor formular sus alegaciones.⁹⁴ Esta petición puede hacerla cualquiera de las partes emplazadas, que se presenta en tiempo hábil por medio de procurador, con poder competente, mostrándose como parte y pidiendo que se le entreguen los autos.⁹⁵

"[...] A V. suplico se sirva estimar como aquí se contiene y que **se me entregue el proceso** para evacuar el traslado pendiente".⁹⁶

En este pleito, sobre un contrato de ejecución de obra seguido ante el Alcalde Mayor de Paredes de Nava en 1796, había comparecido el demandado previamente a la contestación a la demanda pidiendo que el demandante confesase sobre unas posiciones, y una vez hecho se le diese traslado para contestar; en este momento está pidiendo el traslado de los autos para ver esas diligencias y formular su contestación.

La finalidad de la entrega de los autos al demandado una vez personado es la de que

⁹⁴ Estamos viendo el momento de la personación con carácter general, si entrar todavía en las diferentes respuestas que pueda dar el demandado a la petición del actor, para alguna de las cuales no sería necesario ver los autos.

⁹⁵ ESCOLANO DE ARRIETA, Ob. Cit. Pág. 355.

⁹⁶ CHAN. VALL. P.A. 3581-2.

pueda instruirse para hacer así mejor su contestación. Como ya se ha dicho más arriba⁹⁷, el término que se da al demandado emplazado para que conteste a la demanda, aunque único, puede estar dividido en dos momentos: el de comparecer y el de contestar. Ahora bien, en ninguna disposición se dice expresamente que el término dado para contestar pueda dividirse en dos momentos; la Nueva Recopilación, insiste en que para abreviar los pleitos, se debe contestar a la demanda derechamente dentro de los nueve días; luego en el término dado al demandado debe estar la demanda contestada, y si no entra en funcionamiento el mecanismo:

incomparecencia/contumacia/acusación de rebeldía/declaración de rebeldía.

Por lo tanto hay que buscar en la práctica la existencia del término que se le da al demandado para que formule su contestación, ya personado y al que se le han entregado los autos para que se instruya. En puridad procesal, actuando desde categorías procesales actuales, la personación debería hacerse dentro del plazo que se concede para contestar, sin agotarlo, de forma que la contestación, como tal, se formulará antes de que sean finalizados los días. En la práctica procesal de este momento previo a la Codificación podían darse los dos supuestos:

- el demandado se persona dentro de término y sin agotarlo, de ahí que cuando pide los autos, proteste para que no le corran los días, es decir, se deje en suspenso el término para contestar.

- el demandado se persona al finalizar el término por el que ha sido emplazado, ya agotado, pero dice que no puede contestar a la demanda si no se instruye primero en el contenido de los autos, y para ello así se acuerda, que se le entreguen los autos.

Solamente hay tres autores que hagan referencia a este momento de la personación, **Martínez Salazar, Escolano de Arrieta y Tapia**. En ninguno se aclara este aspecto dudoso de

⁹⁷ VER SUPRA 4.6

la prorrogación del término de la contestación. Se podía inducir una velada crítica a prácticas insidiosas encaminadas a prolongar excesivamente los pleitos, pero ya instalados en los Tribunales y Juzgados.

"porque se aluengan los pleitos por razones maliciosas de los demandados, no queriendo responder derechamente a la demanda".⁹⁸

Conviene también hacer una diferenciación entre Tribunales de ciudades, o unipersonales, y Tribunales Superiores, Audiencias y Chancillerías. Era más frecuente en los últimos el que se produjese la personación previa a la contestación, deducido de las explicaciones, escasas, de los prácticos en las que la referencia es a las Audiencias y Chancillerías. Además, la propia estructura y funcionamiento de estos órganos de justicia, era un impedimento para que las partes tuviesen acceso a lo aportado y dicho por el demandante, de ahí que se hiciese necesaria una petición expresa de los autos.

C) La entrega de los autos. La entrega de autos a las partes para que se instruyan antes de alegar, es una "operación procesal" que puede efectuarse a lo largo de todo el proceso, no sólo en el momento de contestar a la demanda, sino siempre que alguna parte lo necesite para formular alegaciones; al concluir la fase de alegaciones, al concluir la prueba o siempre que se produzca una situación que haga necesaria la instrucción de la parte para que en base a lo actuado pueda decir su derecho. En el momento procesal de la contestación a la demanda se siguen los mismos criterios prácticos que para todas las entregas de autos a las partes. **En primer lugar,** los autos sólo se pueden entregar cuando se han pedido y así está acordado. **En segundo lugar** sólo se pueden dar al procurador con poder bastante, que presentará en el oficio del escribano con el pedimento por el que se muestra parte.

⁹⁸ N.R. 1.4.4.

"[...] y para exponer las razones que a la mía [parte] competan, pido **se me entreguen los autos** por el término de la ley, **dejando recibo** de ellos como también un tanto de las heredades vendidas a dicho Pedro Gómez [...] para que en caso de que dicho Cayetano se haga parte pueda proceder contra ellos o sus herederos. Otro si digo [...] pido que el presente escribano ponga fe del poder que tengo de mi parte, y que es justicia y juro. Auto, [...] se le entreguen los autos como se pide dejando recibo".⁹⁹

La materialidad de la entrega de los autos está sujeta a determinadas garantías. La primera es que no se puede hacer la entrega en las personas de las partes, sino exclusivamente al procurador; se intenta evitar las manipulaciones de las actuaciones procesales, que tienen valor de documento público, en base a la caución que supone las obligaciones del oficio de procurador, y su carácter de semipúblico que puede llegar a tener. La entrega se hacía de escribano al procurador. Para ello en las Cortes de Madrigal de 1496, se dio una disposición, después recogida en las Ordenanzas del Consejo de 1544, por la que se prohibía expresamente a los escribanos "dar o fiar los procesos de los pleitos que por ellos pasan a ninguna de las partes ni a sus solicitadores".¹⁰⁰ La forma de controlar estas entregas es mediante la **toma de conocimiento** que es un recibo que el procurador o letrado dejan en el oficio, numerando y contando las piezas y hojas que tuviesen.¹⁰¹ En el conocimiento tienen que ir declaradas todas las escrituras que le dan.¹⁰² el lugar en el que se toma este conocimiento es en un **libro**, que lógicamente se llama "de conocimientos", en el que el procurador anota por él mismo el recibo de autos, y sirve de garantía

⁹⁹ CHAN. VALL. P.A. 3783-4.

¹⁰⁰ N.R. 3.19.2.

¹⁰¹ ESCOLANO DE ARRIETA, Ob. Cit. Pág. 355.

¹⁰² N.R. Ibidem.

en caso de deterioro, extravío o falsificación de los documentos que se entregan.

D) Tiempos para devolver los autos. El principal problema que en la práctica suponía la entrega de los autos a las partes para que alegasen era el de su **devolución**, exactamente cuando tenían que devolverlos al oficio. la primera premisa es que tienen que devolverlos cuando finalice el término concedido que normalmente era de **tres días**, contando desde el siguiente al que se le entregó el pleito, y que una vez pasados se le puede apremiar a quien los tenga para que vuelva al pleito.¹⁰³ La petición de devolución de los autos la hace el actor. "Siendo pasado el término, aprémiesele". La comprobación de que el término es pasado la tiene que hacer el propio escribano, o el oficial mayor en las Escribanías del Consejo, mediante nota en la que hace constar que los autos los tiene el procurador.¹⁰⁴

El apremio al procurador se lo hace uno de los oficiales de Justicia, portero o alguacil, o incluso el propio escribano de la causa.

La forma de computar el término de la devolución devenía en sí viciada, ya que se empezaba a contar, no desde el día siguiente en el que se notificaba el auto acordando la entrega, sino desde el momento en que la parte los tomaba materialmente del oficio del escribano.

"y así cuando se les notifica algún traslado, no lo toman hasta el último día en que debían evacuarlo, haciendo que se conviertan en nueve o más los tres días que tenían para responder a él, con notable perjuicio de sus colitigantes. Semejante abuso no debe ser permitido por los jueces, debiéndose contar cualquier término desde el día de su notificación exclusiva. [...] de ningún modo ha de contribuir ni el juez ni el escribano a que contra lo prevenido repetidamente por las leyes que encargan justamente la brevedad de los pleitos, se

¹⁰³ MARTÍNEZ SALAZAR, Ob. Cit. Pág. 146.

¹⁰⁴ ESCOLANO DE ARRIETA, Ob. Cit. Pág. 355.

dilaten y causen gastos y extorsiones a los que proceden de buena fe"¹⁰⁵

Ocurría también que trascurrido el término ordinario, no se había hecho el traslado, y aunque no debe dejarse de apremiar al procurador, era frecuente pedir término para despachar los autos, accediendo los jueces a esta solicitud, concediendo muchas veces diez, quince, veinte días y aún un mes. Se cumple este término y se vuelve a pedir y a conceder otro por otros tantos días, en los cuales tampoco se contesta al traslado. Si se hace nueva petición se le vuelven a conceder a la parte que tiene los autos dos o tres días perentorios, pasados los cuales se mandan que vuelvan los autos con respuesta o sin ella. En estas prórrogas se pasan hasta dos meses, y la dilación no tiene otra causa que la malicia de los litigantes.¹⁰⁶

"Digo que [...] se confirió traslado a la contraria, y aunque se notificó a su procurador no dice ni responde cosa alguna, sin embargo haber mediado algunos días, [...] se sirva mandar que en la primera audiencia, con respuesta o sin ella vuelva los autos, y se traigan a V.M., y pasado no lo haciendo, se proceda a su apremio. "[...] tiene los autos por traslado el procurador a quien pido se le notifique responda y los vuelva conforme a estilo." Dos días después: "[...] se notificó al procurador devolviese los autos, y no cumple, rebeldía le acuso, pido por acusada y se le notifique de prisión, y que no haga autos, los vuelva en la primera audiencia". Un día después: "[...] según lo deducido en autos viene de apremio para volverlos en esta audiencia [el procurador], sino cumplierse pido se ejecute, o que estando en el oficio se me entreguen." Al día siguiente presenta petición la parte requerida: "[...] que para su vuelta (la de los autos) me hallo de apremio en esta Audiencia, y no puedo cumplir a causa de no haberlos podido despachar mi abogado el Licenciado D. Miguel Salgado, por sus muchas ocupaciones, el mismo que eligió mi parte por el fallecimiento de D. Antonio Rodríguez, en cuya atención, y en ser para alegar de bien probado [...] se sirva concederme ocho días de término, y por ellos suspensión de dicho apremio, bajo la protesta de cumplir si antes se pudiese, y de lo contrario la indefensión, y toda causa en Justicia". Por Decreto se le conceden seis días, el día dos de septiembre,

¹⁰⁵TAPIA, Ob. Cit. Pág. 81.

¹⁰⁶Ibidem.

y el día nueve del mismo mes presenta la parte contraria petición: "[...] que hallándose de apremio para su vuelta en los dos del que corre, el procurador contrario salió pidiendo término, que se le concedió el de seis días, que son pasados, por lo que si no cumpliera en esta Audiencia, pido se proceda al apremio decretado".¹⁰⁷

La práctica era tan habitual que en los formularios se incluían modelos para estas peticiones, en los que el motivo o excusa del procurador para no devolver los autos y pedir más término era siempre el mismo: enfermedad, ausencia y ocupación excesiva del letrado, alegando por supuesto que si no se concede su parte quedaría indefensa.¹⁰⁸

Esta actitud se veía por los autores más críticos como un abuso, al que debían prestar atención los jueces, en base a las recomendaciones de las leyes a la brevedad de los pleitos, para evitar así los perjuicios que se ocasionan a las partes con estas dilaciones.¹⁰⁹ La realidad era que los propios jueces participaban de estas disfunciones desde el momento que las consentían y no trataban evitarlas, aunque la mayor responsabilidad sería para los escribanos como encargados de la custodia de la documentación

5.6. EL ALLANAMIENTO.

Siguiendo el discurso procesal más lógico, y situándonos en un momento concreto como es el de que el demandado tiene los autos para responder a la demanda, la propia dialéctica del pleito supone que se tiene que producir el hecho por el que el demandado **diga algo**. Y puede, desde decir que no quiere contestar, allanarse al petitum de la demanda, oponer excepciones, o

¹⁰⁷ CHAN. VALL. P.A. 2791-2.

¹⁰⁸ MARTÍNEZ SALAZAR, Ob. Cit. Pág. 147.

Ver supra lo dicho en el pleito de Tenuta seguido en la Sala de Mil y Quinientas en 1752

¹⁰⁹ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 81.

finalmente alegar sus razones que es propiamente la contestación.

A) El allanamiento propiamente dicho.

Jurídicamente la solución más sencilla es la del allanamiento; no ocurre como en el caso de la rebeldía procesal, que se constituye una ficción jurídica, sino que el allanamiento implica de fondo una litis contestatio, pero sin oponer razones contra la demanda, simplemente se dice que se está conforme con lo pedido, por lo que el juez debe dictar sentencia según aquello que se ha pedido en la demanda. Es un reconocimiento u otorgamiento que hace el demandado del derecho del contrario.¹¹⁰

El allanamiento es la actitud más elemental que puede tomar el demandado, y que a su vez facilita la labor jurisdiccional, suministrando al juez la base de la sentencia sin necesidad de seguir adelante con el juicio. Implica un reconocimiento de la existencia del derecho que pretende el demandante.¹¹¹ Y se puede entender como una forma de substraerse del juicio de los jueces, ya que está excluida la posibilidad de una absolución del demandado, desde el momento en que este está mediatizando la decisión del juez al imponerle la decisión de admitir lo pedido por la actora.

Implica desde luego el allanamiento del demandado una manifestación de voluntad expresa de admitir la reclamación que contra él ha hecho el actor; por supuesto que el silencio no debe entenderse como tal, sino que ha de estar formalmente planteado para que tenga valor. Así, la contestación puede hacerse llanamente y de buena fe como confesión del demandado a la obligación en los términos que ha propuesto el actor. Se impide así que el juicio siga adelante, no dejándole al juez mas posibilidad que la de condenar al demandado, al pago o restitución de

¹¹⁰ LALINDE ABADIA, Ob. Cit. Pág. 777.

¹¹¹ PRIETO CASTRO, Derecho Procesal Civil, pág. 220.

la cosa que se le pide.¹¹²

El hecho del allanamiento no liberaba al allanado de pagar en algunos casos **las costas**; en un pleito ejecutivo seguido ante el Alcalde Mayor de Segovia en 1764,¹¹³ se aporta por el ejecutante un documento que se corresponde a una certificación que hace el escribano de Santa M^a de Nieva, en la que hace constar que en 1758, practicó varias diligencias contra Miguel Chamorro (el ejecutado), y que pese haberse allanado, le pagó por costas los derechos al escribano.

Las Partidas (7.3.3.), al llegar al punto en que el demandado debe contestar a la demanda, dice que si es cierto que el demandado debe lo pedido, debe responder otorgando lo que le demandan. Más adelante, en el título 13 de la misma Partida, ley 2, al hablar de la "conocencia" como el reconocimiento que hace la parte en el juicio, estando la parte contraria delante, dice que por este conocimiento **se puede decidir la contienda**; el juez debe dar juicio de acuerdo con esta manifestación de la voluntad.

No es propiamente una regulación del allanamiento como actuación procesal, pero si admite, a sensu contrario, que la oposición del demandado a la demanda sólo debe plantearse cuando no esté realmente de acuerdo con lo que se le pide, y si es cierto lo que se le demanda, reconocerlo en el juicio. Estas leyes de **Las Partidas** son la única regulación legal de esta posibilidad o actitud del demandado ante la demanda, aunque no se denomine propiamente como allanamiento. No se encuentra en las Leyes Reales más mención a esta posibilidad procesal, su configuración depende de la práctica.

Veamos cómo se producía esta situación en los pleitos. Por otrosí hace mención el

¹¹² CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 41.

¹¹³ A.H.P.S. J-1027/3.

demandado a los efectos, que tiene voluntad de allanarse:

"OTROSÍ DIGO: Que aunque es claro que mi parte se halla libre de dicha obligación especialmente por haberse contravenido a ella por el Monasterio, comprando en el verano anterior ladrillo de otras partes para la citada obra, con todo, para que se vea que mi parte siempre ha procedido de buena fe, y procedí, se conforma en continuar fabricando ladrillo en este año en el horno de Villaverde, [...] **y que para ver si el Padre Granero se conforma con este allanamiento** [...] se le haga saber y en el acto o cuando más en el término de quinto día responda dicho Padre Granero si se conforma o no en este allanamiento [...]"¹¹⁴

Como se ve en esta petición, el demandado, por otrosí dice que se allana a la petición del Monasterio demandante (después de haber alegado en contra de lo pedido y de haber pedido la confesión de la contraria como previa a su contestación). Se está utilizando así el allanamiento como una fórmula alternativa de evitar el pleito condicionado a que el actor reconozca algunas exigencias, y desde luego, reservándose la posibilidad de contestar a la demanda para lo que pide la declaración de la otra parte. Es importante destacar la petición expresa de que la parte contraria conozca su intención y sobre todo que diga si se conforma; volvemos a encontrar la exigencia del acuerdo de voluntades para que el allanamiento sea válido y pueda ser el soporte de una sentencia condenatoria.

En la misma línea se manifiesta el demandado en un pleito de alimentos seguido como Caso de Corte en la Chancillería de Valladolid en 1757; en el otorgamiento de poder hace unas alegaciones en descargo suyo, concluyendo que debe pedir [su procurador] que se le absuelva de la demanda. A continuación dice:

¹¹⁴CHAN. VALL. P.A. 3581-2.

"para que se experimente el afecto y cariño de hijo y deseos del alivio y comodidades de dicha mi madre: se allanen los referidos mis apoderados en mi nombre, en que dándome y afianzándome esta a mi satisfacción [...], perciba todos los frutos, rentas y emolumentos que produjesen el dicho vínculo y los demás mayorazgos que dice estoy disfrutando; de cuya forma se evitan pleitos y disensiones tan mal sonantes en los tribunales.¹¹⁵

Aunque no estamos propiamente ante una contestación a la demanda, sí era frecuente que en el otorgamiento de poder, que no deja de ser una manifestación de la voluntad, se hiciesen manifestaciones y alegaciones, que aunque no se puede considerar que tuviesen valor procesal, al contener un mandato expreso sí pueden valorarse como la intención de la persona que está otorgando el poder respecto del pleito. En esta línea, las manifestaciones del poderdante son significativas para el contenido del mandato otorgado. En este caso, como en el anterior, en primer lugar, el demandado manifiesta su voluntad de oponerse al contenido de la demanda (en este caso es en el poder, y en el anterior es en una petición previa de declaración para formular la contestación), y sólo con carácter condicional dicen que se allanan: o bien por determinadas acciones del actor o por la prestación de una fianza como garantía. De forma más clara y expresa **se allana** la demandante a la demandada reconventional que le plantea la demandada, contestando a la petición sobre la tutela de una menor que formula la abuela de la niña a su madre por haberse casado en segundas nupcias, motivo que por ley la excluye de la tutela; la madre **demand reconventionalmente** a su suegra por no haberle liquidado a su hija los bienes que procedían del caudal hereditario del padre. La abuela como sabe que este hecho es también motivo que a ella se le excluya de la tutela, se allana a presentar las cuentas, no sin antes protestar porque “*Las*

¹¹⁵ CHAN. VALL. P.A. 2987-2.

leyes se dirigen a la defensa y seguridad de los menores y cuidar su salud y libertad, y todo es copla y velación” pues lo que le piden (que dé las cuentas) no tiene relación con la petición principal¹¹⁶

De lo dicho se puede resumir, que:

- el allanamiento no tiene soporte legislativo.
- implica una manifestación expresa de voluntad de la parte demandada, ante la parte demandante. Se debe entender como una exigencia de que el actor conozca esta intención de su contrario, pues puede oponerse a ella.
- que condiciona al juez para su decisión final, aunque LAS PARTIDAS digan que **puede** decidir la contienda.
- simplifica la tramitación procesal desde el momento en que recae sentencia sin necesidad de más proba.
- se entiende esta decisión del demandado como **primada**, ya que en caso de allanamiento al demandado se le puede eximir de las costas, interpretando también a sensu contrario lo dispuesto en la 7.3.3. de las Partidas, cuando ordena, que el demandado que realmente debe lo pedido y se opone sin tener razón, debe pechar con las costas de lo que su actuación derive.

B) La confesión o reconocimiento del demandado a lo que le pide.

Nos encontramos ante un tipo de confesión distinta de la preliminar y la del juramento

¹¹⁶CHAN. VALL. 3325-1

de calumnia, y por supuesto de la que utilizaba como medio probatorio.¹¹⁷ El demandado, en el momento de contestar podía reconocer **llanamente** que lo que se le pedía era cierto, o bien responder a las posiciones del actor en el mismo acto de la contestación. No sólo esta confesión a las posiciones que podía formular el demandante en el momento de la contestación era una forma de asegurar el allanamiento del demandado, sino que reforzaba el hecho de que, ausentes de contestación el pleito por no decir el demandado nada a lo pedido, solamente reconocer la certeza de lo que se reclamaba, suple la contestación en sí, ya que equivale a la prueba más constante y segura, y facilita al juez el poder dar la sentencia después de tener el pleito por concluso.¹¹⁸

En la práctica, el demandante pedía expresamente que el demandado contestase a posiciones que le presentaba como un paso previo a poder formular sus segundas alegaciones: "*sin perjuicio y para poder responder más en forma, por ahora corresponde a mi derecho y pido que dicho Pedril, sin perjuicio de las pruebas jure y declare conforme a la ley y pago de sus penas*".¹¹⁹ Sólo cuatro días después, el demandado declara las posiciones que se le formula, declaraciones que se hacen bajo juramento. Este juramento de la parte no tenía el valor probatorio

¹¹⁷ Aunque los límites de las distintas confesiones y juramentos procesales, parece que están muy confusos, no sólo en las Leyes Reales, sino sobre todo por la doctrina clásica y la práctica más avanzada y crítica, conviene hacer una **delimitación elemental entre estas formas de confesar y jurar en la vía de un proceso**. 1º, se daba una confesión previa o preliminar a la interposición de la demanda; vamos a distinguir como previa a la que se hacía sobre el contenido de una obligación que hacía que su cumplimiento tuvieses, desde el momento de la confesión carácter ejecutivo; y es preliminar la confesión que se hace antes de una petición declarativa para fijar determinados límites del contenido del petitum. 2º, Había una confesión subsiguiente a los primeros escritos de alegaciones de las partes respectivas, que se pedían por las partes contrarias como una confirmación o garantía de que lo que se pedía o contestaba a la demanda no estaba viciado y era cierto, existen otros juramentos que entran en la actividad procesal de probar directa o indirectamente, eran los juramentos de calumnia y de malicia. 3º, El demandado en el momento de contestar a la demanda, podía confesar, a voluntad propia, que lo que se le reclamaba en la demanda era cierto y exacto (esta es la confesión que se ve en este epígrafe). 4º, Finalmente, la confesión con valor probatorio, como prueba plena.

¹¹⁸ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 42 y 43.

¹¹⁹ CHAN. VALLA. P.A. 3782-3.

de la confesión, es decir, no iba dirigido a que su objeto integrase el fallo de la sentencia. Se trataba más bien de obtener de la parte contraria el reconocimiento de unos hechos antes de continuar alegando. Lo cierto es que en determinados asuntos de no menor trascendencia (y el ejemplo anterior así lo era, ya que se trataba de un juicio sumario de desahucio) sí podía dar lugar a que no se abriese la posibilidad de la prueba y se declare el asunto conclusivo.

Se seguía así la línea general que intentaba imponer la ley dada en 1386 en Alcalá para la supresión de las solemnidades en los juicios cuando decía que los Jueces debían determinar los pleitos según la verdad que hallasen probada,¹²⁰ prevaleciendo la buena fe de los contendientes procesales sobre la idea de contienda procesal. Esta decisión judicial, la sentencia que resuelve un pleito en base a la confesión del sujeto pasivo, no puede ser apelada, excepto que se alegase que la confesión fue errónea,¹²¹ y se ofreciese probar el error, en cuyo caso debe ser admitida, y ser revocada la sentencia dada en base a la confesión, ya que no hay nada más contrario al consentimiento y la voluntad que el error, y si la sentencia dada en base a la confesión se basa en el consentimiento de la voluntad, pierde todo su efecto y puede ser revocada.¹²² Siguiendo la línea privatista que entiende el proceso como un cuasi-contrato, la doctrina clásica entiende que el consentimiento es la raíz de todo acuerdo de voluntades, y que debe haberse formado libre y sin error, por lo que un error en el conocimiento produce un vicio en la obligación que la hace nula.

5.7. LAS EXCEPCIONES.

¹²⁰ N.R. 10.17.4

¹²¹ GREGORIO LÓPEZ, Glosa a la 7.3.3. de las P.P.

¹²² CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 44.

Si la primera posibilidad que hemos visto para el demandado a la hora de comparecer y decir en el proceso era la de manifestarse de acuerdo con el contenido de la demanda, dando lugar a que el juez pueda dictar sentencia sin más probar ni alegar, y antes de que se perfeccione el proceso mediante la **contestación**, puede el demandado tomar una actitud previa, que retarda o anula el curso normal del pleito por considerar que la petición de la demanda carece de requisitos legales.¹²³ La crítica consideró que el problema de las excepciones había sido una fuente inagotable de abusos, debido a las malas artes de los litigantes temerarios. Pese a ello se consideraban imprescindibles, justificándolas por los principios de la ciencia, por nuestra historia jurídica y por el ejemplo de otros países.¹²⁴

Este tipo de **excepciones o defensas previas**, se resuelven mediante **decisiones interlocutorias**, que no entran en el fondo del asunto, "debatiéndose la validez o no del diálogo, o locución entre partes, no el fondo mismo de la demanda interpuesta".¹²⁵ Mediante esta sentencia interlocutoria se pasaba al nudo procesal siguiente, o estimándose las cuestiones planteadas por el demandado, finalizaba el proceso, sin decidir el fondo de la contienda planteada.

Esta posibilidad que tiene el demandado, con carácter general, de excepcionar a la demanda, comprende defensas de dos tipos fundamentalmente: las llamadas **excepciones dilatorias**, que alargan el proceso y en las que se plantean defensas que una vez solventadas pueden seguir adelante, y las **excepciones perentorias**, que son aquellas que pueden dar lugar a la terminación del proceso en el caso en que sean estimadas.

A) A quien corresponde plantear las excepciones.

¹²³ LALINDE ABADIA, Ob. Cit. Pág. 778.

¹²⁴ GOMEZ DE LA SERNA, Trtado académico forense. Pág 312

¹²⁵ PÉREZ PRENDES, Ob. Cit. Pág. 1273.

En cualquier caso, vuelve esta figura procesal a reflejar la influencia privada en el proceso civil, ya que la obligación de poner de manifiesto los posibles defectos de la demanda recae sobre las partes litigantes y no se atribuye al órgano como una obligación "ex officio".

El arranque de estas manifestaciones del demandado, hecha a partir de la valoración que hace de la demanda, está en el examen que ha de hacer del libelo contra él dirigido. Este **examen viene a ser una carga que** se impone a la persona contra la que se dirige la acción, ya que de no hacerlo, y existir defectos en la demanda, las consecuencias negativas serán siempre en perjuicio de la parte que lo ha omitido:

"el demandado deberá antes de entrar en el juicio examinar si en la persona del Juez o del demandante, en la cosa que se le pide, en el modo, tiempo y lugar para que le cita, hay o concurren todas las circunstancias que hemos dicho ser necesarias para que el juicio sea metódico, válido, útil y lo menos gravoso que sea posible, y si hallase que falta alguna de ellas, deberá negarse a entrar en lid hasta que se supla, porque cualquiera que falte es un verdadero obstáculo para litigar".¹²⁶

El examen previo de los posibles obstáculos que tenga la demanda, y que corresponde al demandado, es un pequeño juicio independiente del principal, y previo a seguir el curso de los autos

Así como al actor le corresponde entablar su acción, de la misma manera corre a cargo del demandado eludirla y defenderse.¹²⁷ Para la doctrina clásica del Derecho Común, la excepción es una **exclusión** o defensa que propone el demandado, y que impide que produzca su efecto la acción intentada contra él, eludiéndola del todo o suspendiendo su efecto. Equivale

¹²⁶ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 81.

¹²⁷ ALVAREZ, Ob. Cit. Pág. 211.

a dar razones para no verse obligado a hacer lo que se le pide.¹²⁸

Hay que valorar por tanto como norma general la obligación de contestar a la demanda, y solamente para casos excepcionales y tasados se pueden interponer defensas previas, siempre con carácter particular, ya que las leyes establecen que a la demanda debe seguir necesariamente la contestación, y por limitación o excepción de esta regla se señalan los casos en que los demandados pueden usar de tales excepciones para dilatar o impedir el juicio; no debiendo invertirse el orden de establecer en primer lugar la regla, y tratar después de sus limitaciones.¹²⁹

Esta tendencia a hacer casi "numerus clausus" de las posibles defensas a excepcionar por el demandado antes de la contestación estaba ya en el **Fuero Real** y en **Las Partidas**. Aunque en el **Fuero Real** se diga que el demandado puede evitar la contestación interponiendo alguna defensa con derecho porque no la deba responder, regulando prolijamente las excepciones como defensas que hace valer el demandado para intentar evitar o demorar el conocimiento de la causa, y con efectos suspensivos sobre la tramitación de la cuestión principal.¹³⁰ Ya que en el mismo cuerpo legal se rechazan determinados argumentos que se estaban utilizando como excepciones, cabe suponer que la relación de las que se pueden alegar como tales, son las realmente válidas. En **Las Partidas** no se especifican limitaciones en cuanto a los motivos para excepcionar, pero se dan a título orientativo algunas de ellas, como el haber pagado o cumplido la obligación o la litispendencia, agregando que "en tales razones como estas o en otras semejantes de ellas",¹³¹ con lo que está cerrando el marco de posibles defensas previas a aquellas que sean similares a las que

¹²⁸ GONZÁLEZ DE TORNEO, Ob. Cit. Pág. fol. 7.

¹²⁹ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 41.

¹³⁰ VALLEJO, La regulación del proceso en el Fuero Real. pág. 526.

¹³¹ P.P. 8.3.3.

se mencionan.

B) Tiempo para plantear defensas previas.

Siendo la causa de las excepciones un obstáculo para el curso del pleito, está claro que se deberán proponer antes de contestar a la demanda todas las que se conozcan. El tiempo y el modo de proponer y probar excepciones, dilatorias y perentorias, está regulado en la 1.5.4. de la Nueva Recopilación bastante prolijamente; es una disposición de las Ordenanzas de Madrid de 1502 que no parece tener antecedentes en el Derecho Real, excepto en LAS PARTIDAS. En esta ley se fijan **dos términos**:

1º.- **nueve días**, para presentar y probar excepciones de incompetencia de jurisdicción o pendencia, o cualquier otra declinatoria. En el mismo término, si no las presenta deberá el demandado formular su contestación. También es común para el actor en el caso de que litigue como Caso de Corte, ya que en estos nueve días tiene que probarlo, si no se tiene por notorio.¹³²

2º.- **veinte días** cuando las excepciones que se formulan son perentorias. El término también es común para presentar reclamación reconvenzional al demandado.

El problema que deriva de esta disposición está en la fijación y valoración de estos dos términos que deben ser "contados del fin del término de la carta de emplazamiento a la que había de venir y se presentar".¹³³

Si estos nueve o veinte días se deben computar desde que finaliza el término dado para comparecer y contestar en la carta de emplazamiento, nos encontramos ante una prórroga legal del término dado para contestar a la demanda; haciendo una interpretación literal, en relación con

¹³² Se entiende que el solicitar por Caso de Corte supone una declinación de la jurisdicción del Juez natural, de ahí que se deba probar en el mismo término que se da al demandado para alegar la declinatoria de jurisdicción.

¹³³ N.R. 1.5.4.

la ley 1.4.4., se debe entender que el demandado tiene que contestar a la demanda en los nueve días siguientes en que ha personado el pleito, ya que para formular defensiones previas, dispone de otro término nuevo, de nueve o veinte días según el tipo de excepciones que se trate o de interponer demanda reconvencional. Estamos pues ante un doble término que solo juega en los casos en que el demandado quisiera excepcionar a la demanda.

Entiende **Gomez Negro**¹³⁴, siguiendo a **Febrero**, que en los veinte días concedidos para interponer excepciones perentorias, no están comprendidos los nueve señalados para oponer y contestar las excepciones dilatorias, aunque parezca estar más de acuerdo con el espíritu de la ley lo contrario. En la práctica, lo que ocurre es que el resultado es el mismo, ya que además de los veinte días para alegar unas y otras excepciones, se añaden los nueve días para acusar las tres rebeldías.

C) Tipos de excepciones que se pueden plantear.

El poder anteponer a la demanda determinados elementos de defensa sin entrar a contestar al fondo de lo que se pide o se reclama debe estar sujeto a motivos que, en parte tasados por las leyes y en parte fijados por la práctica determinan que las defensiones se encuadren como **dilatorias o como perentorias**. Son dilatorias las excepciones que se proponen antes de contestar a la demanda en base a causas que no detienen o anulan el proceso en sí, simplemente dilatan su tramitación o desvían la competencia, de forma que la acción no queda desvirtuada ni se impide su ejercicio. Al tramitarse como artículo de previo pronunciamiento, vienen a dilatar el curso de los autos, demorando su consecución; si no se estiman por el juez, sigue adelante el pleito, y si se estiman, la acción puede ser interpuesta correctamente, subsanándose el defecto o la carencia alegada. Por el contrario, las excepciones perentorias, pudiéndose interponer en

¹³⁴ Ob. Cit. Pág. 84.

cualquier momento procesal y en caso de ser admitidas se estima que no cabe la posibilidad de interponer la acción, quedando definitivamente extinguida.

1º.- Las excepciones dilatorias.- Son dilatorias aquellas excepciones que sólo demoran el conocimiento de la causa y no la acaban,¹³⁵ sin que de su aceptación por el juez derive la imposibilidad de ejercer la acción, suspendiendo su efecto o difiriéndolo hasta otro momento.¹³⁶

"Excepciones dilatorias son las que dilatan, y difieren la causa, impidiendo su ingreso, y prosecución; pero no la extinguen, acaban, ni rematan del todo, [...]"¹³⁷

Su planeamiento por parte de demandado, impide entrar en el pleito hasta que esta cuestión previa, o interlocutoria, se ventile; advirtiéndose en la petición que se formulan como tales excepciones, para que se forme artículo de previo y anterior pronunciamiento.¹³⁸ Alargan por lo tanto el pleito pero no lo rematan; se llaman en latín "dilatorias" que quieren decir "alongaderas".¹³⁹

Como ya se ha dicho, el demandado las puede alegar y probar dentro de los **nueve días** posteriores a la personación, sin darle otro término, contra el que no ha lugar restitución aunque sea menor.¹⁴⁰ Los nueve días se entiende que son en los que se puede hacer la contestación, y no después, en que no se admitan las excepciones como dilatorias, aunque sea con juramento que

¹³⁵ JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pág. 22.

¹³⁶ SALA, Ob. Cit. Pág. 212.

¹³⁷ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 69.

¹³⁸ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 83.

¹³⁹ P.P. 9.3.3.

¹⁴⁰ MONTERROSO Y ALVARADO, Práctica civil y criminal e instrucción de Escribanos, fol. 11.

no se había tenido conocimiento antes.¹⁴¹

En cuanto al contenido de las excepciones o defensiones dilatorias, son motivos todos que se pueden alegar previos a la consecución del pleito, sin entrar en el fondo. Estas son:

a) las que se refieren a la persona del juez y su Jurisdicción, y que suponen la exclusión del juez del conocimiento de la causa.

- Cuando se emplazase a alguien delante del juez que no tuviere fuero¹⁴²; es la excepción de **falta de Jurisdicción** o de **incompetencia de jurisdicción**. Aunque el juez haya examinado de oficio su propia competencia, es muy de destacar que para declararse incompetente por falta de jurisdicción, por no estar sujeto el demandado a su fuero, debe pedírselo la parte contraria, diciéndole que **decline** de su jurisdicción a favor de otro juez. Es la primera excepción que debe plantearse, **la declinatoria del juez**¹⁴³; esta exigencia tiene su lógica procesal; si el demandado interpone cualquier tipo de excepción, o alega motivos de fondo a lo pedido en la demanda, **está admitiendo tácitamente la jurisdicción de juez al que se dirige**. De ahí que se deba tratar siempre en el principio del pedimento, advirtiendo que sólo se reconoce al juez la jurisdicción necesaria para tratar de la cuestión previa que se interpone, evitándose así que el juez se declare competente para conocer de todo el pleito.¹⁴⁴

- Como excepción dilatoria se puede entender también la sospecha del juez y plantear su

¹⁴¹ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 70.

¹⁴² P.P. 9.3.3.

¹⁴³ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 70.

¹⁴⁴ Ibidem.

recusación,¹⁴⁵ recusación que en este caso estaría sujeta a la misma exigencia que la declinatoria de jurisdicción, de advertir en su planeamiento que sólo se reconoce al juez para los efectos de la cuestión previa que se debe resolver.

- La **excepción de litis-pendencia** debe estar incluida en este grupo que se refiere a la capacidad o no del juez para conocer de la causa, ya que, aunque no se está negando de fondo la competencia para decidir sobre el conflicto planteado, si que se **obstaculiza** este conocimiento supeditándolo a que se resuelva un pleito pendiente por la misma causa, o que se acredite al menos que existe la pendencia ante otro juez, ya que mientras esta persista no puede haber nuevo juez conociendo por los mismos hechos

En el pleito seguido ante el Alcalde mayor de Segovia en 1755 por una reclamación de cantidad por la venta de una casa, el demandado pide que se declare nula la vía ejecutiva seguida por la misma causa y que acumulen los autos:

"se reconoce y convence de nula e ineficaz la citada ejecución, que no pudo expedirse por la **litispendencia** en dicha vía ordinaria".¹⁴⁶

b) Las que se refieren a las partes o su representación.

- El **no ser parte legítima** para comparecer en juicio por estar dentro de los defectos y causas por lo que no se puede hacer.¹⁴⁷ **Sala** habla de no ser la persona que demanda legítima para comparecer en juicio, y **Juan y Colom** de legitimación de la persona del que pide,¹⁴⁸ en la **Curia**

¹⁴⁵ SALA, Ob. Cit. Pág. 212.

VALLEJO, La regulación del proceso en el Fuero Real, not. 106.

¹⁴⁶ A.H.P.S. J-1235/5.

¹⁴⁷ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 70.

¹⁴⁸ JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pág. 22.

Filípica se dice "la que toca a la persona de la parte", sin especificar que la parte sea la actora o la demandada, por lo que de ahí se puede entender, que respecto a la legitimación de parte se puede excepcionar en los dos sentidos procesales: el activo y el pasivo; las excepciones de falta de legitimación serían **activas** cuando afectasen a defectos de la parte demandante, y **pasivas** cuando afectasen a defectos de la parte demandada.

- La prolongación de la falta de legitimación de las partes en juicio se refiere a la falta o defecto en su personación, lo que supone una deficiencia de la representación con que se comparece. Supone que una parte contradiga la personería de la otra, mostrando razón, porque no tiene capacidad para la representación o porque no está cumplida según derecho.¹⁴⁹ La excepción de **falta de personación** no sólo se refiere a que el Procurador que comparece no pueda hacerlo por él mismo, sino también a que el poder no sea bastante para comparecer en pleito concreto.

c) Las que se refieren al objeto de lo pedido.

- Cuando sea incierto u obscuro el libelo de la demanda,¹⁵⁰ en lo que se refiere al mismo negocio,¹⁵¹ el demandado lo puede alegar como una defensa para no entrar en el pleito manifestando que lo pedido no está claro y por lo tanto no puede negar o admitir algo que no tiene perfiles jurídicos definidos.

- El pedir antes del tiempo que se debía es también motivo o causa de una excepción dilatoria,¹⁵² según se recoge en la ley de **Las Partidas**, antes mencionada, ya que si se hace pleito

¹⁴⁹ P.P. 9.3.3.

¹⁵⁰ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 70.

¹⁵¹ SALA, Ob. Cit. Pág. 213.

¹⁵² HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 70.

en reclamación de deuda o de entrega de cosa, no se debe hacer antes del tiempo que se debía, pidiéndoselo en juicio antes de plazo, aplicándose aquí el principio de derecho necesario o "ius cogens" por el que un acuerdo válido que no puede ser vulnerado por la voluntad de una de las partes.

- el no pedir como se debía es otro motivo para interponer una excepción dilatoria, y sería el no haber dirigido la acción contra el principal antes de dirigirla contra el fiador, en el caso de obligaciones mancomunadas.

- Para evitar que se divida la continencia de la causa, se puede plantear una excepción dilatoria, ya que se considera como un grave perjuicio el litigar ante muchos Tribunales contra una misma persona, incluso contra los mismos bienes en los casos en que se hubiese formado Concurso de Acreedores.¹⁵³

En cuanto al trámite procesal de estas excepciones, se harán separadamente del pleito principal, dándose traslado a la parte contraria que formulará sus alegaciones. Las partes pueden probar sus respectivas alegaciones. De todo ello el Juez conocerá sumariamente, pronunciándose expresa o tácitamente antes de proseguir con la causa, sin llegar a sentencia definitiva.¹⁵⁴

2º.- Las excepciones perentorias.- Así como las excepciones dilatorias tienden a demorar la entrada en el pleito, y en el caso de ser admitidas no liquidan la acción, las excepciones perentorias que puede oponer el demandado sin contestar a la demanda se dirigen a imposibilitar que la acción prospere sin dar lugar a que se entre a discutir sobre el fondo del asunto. Son las excepciones que extinguen del todo el derecho que ejercita el actor, con lo que

¹⁵³ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 70.

¹⁵⁴ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 71.

termina la causa; se tratan y deciden con el pleito principal.¹⁵⁵ Este carácter permite que las excepciones perentorias puedan plantearse después del término concedido para la contestación. Si el demandado prueba las excepciones, se le tiene que dar por libre de la demanda, pagándole el demandante las costas que le hubiera causado.¹⁵⁶ Por el contrario, si el demandado no puede probar las excepciones planteadas, se le debe condenar a las costas del pleito retardado sin esperar a la sentencia definitiva.¹⁵⁷ Comprenden los supuestos en que la acción no puede ser interpuesta por causas concretas que lo impidan y que supongan que la causa de pedir es inexistente. No puede prosperar un pleito si el demandado puede demostrar que se ha producido **cosa juzgada** sobre lo que se reclama; si así se acredita y se admite por el Juez que conoce de la demanda. Ocurre lo mismo con la **transacción o pacto y juramentos de no pedir**, concediéndose a la voluntad de las partes el mismo valor de derecho necesario que se da al plazo de vencimiento de las obligaciones, por sujeción a la voluntad de las partes.

La **prescripción** de la acción también puede ser considerada causa de plantear una excepción perentoria, ya que la acción prescrita no es tal, ha desaparecido y por lo tanto no se puede interponer.¹⁵⁸

En general, los autores dan a este tipo de excepciones carácter de **excepciones mixtas**, ya que pueden plantearse tanto en carácter de perentorias, como de dilatorias, siempre que se

¹⁵⁵ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 74.

¹⁵⁶ P.P. 8.3.3.

¹⁵⁷ N.R.1.5.4.

¹⁵⁸ JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pág. 22.

haga dentro del tiempo señalado para la contestación.¹⁵⁹

5.8. LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA.

Hasta este momento se ha visto que el demandado podía no comparecer al llamamiento judicial que supone el emplazamiento, o bien podía comparecer; dentro de esta actitud de comparecer, podía permanecer callado, allanarse a lo pedido, excepcionar a la demanda, y finalmente puede contestar a la demanda. Si el allanamiento implica un reconocimiento y aceptación de lo pedido, y las excepciones una defensa para precisamente no entrar en el fondo de la demanda y así evitar la contestación, es la contestación a la demanda una auténtica manifestación de voluntad de la parte demandada de entrar en el litigio e iniciar así la dialéctica procesal. Así como de la contestación se debe excluir el reconocimiento de lo que se pide, ya que es el allanamiento, el contenido de lo que en ella vierta el demandado puede ser, tanto como una **oposición total** a los que se le reclama, como una **oposición en parte**, y una aceptación del resto de los argumentos y reclamaciones.

Es la contestación a la demanda el tercer gran nudo procesal dentro de la primera fase del proceso o fase de alegaciones (demanda/emplazamiento/contestación), recogándose la naturaleza que en derecho romano tenía ese momento, como una aceptación contractual, y formal, de las partes, de los contenidos del litigio,¹⁶⁰ manifestándose el carácter contractual precisamente en que la comparecencia es voluntaria y produce efectos procesales.¹⁶¹

¹⁵⁹ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 41.
HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 70.

¹⁶⁰ PÉREZ PRENDES, Ob. Cit. Pág. 1273.

¹⁶¹ LALINDE ABADIA, Ob. Cit. Pág. 778.

" CONTESTACIÓN: Es la respuesta que da el reo, o el deudor, negando, o confesando lo contenido en la demanda puesta por el actor, o acreedor, de que se le comunica el necesario traslado. Es pues, el primer acto que el reo hace en el juicio, raíz y origen de los demás que subsiguen; [...]"¹⁶²

La contestación es la respuesta afirmativa o negativa que da el demandado a la demanda del actor,¹⁶³ el primer acto del demandado en el juicio, y es la raíz, piedra angular y fundamento del juicio, por el que se empieza propiamente.¹⁶⁴

Tan esencial y precisa es la contestación, aún en las causas sumarias, que las partes no pueden omitirla, ya que serían nulos el proceso y el juicio.¹⁶⁵ Se acepta por la mayoría de la doctrina la definición dada en **Las Partidas**,¹⁶⁶ como: "comenzamiento e raíz de todo pleito, sobre que debe ser dado juicio, es cuando entran en el por demanda y por respuesta delante del juzgador; respondiendo el demandado a aquella demanda llanamente, si o no. [...] cumple para ser comenzado el pleito por demanda y por respuesta, al que dicen en latín contestatio". En la Glosa a esta misma ley, (glos. 2) dice **Gregorio Lopez** que esta ley confirma la opinión de los que dijeron que, también por confesión del demandado se hace la contestación.

En cuanto al contenido de la contestación a la demanda, puede entenderse, o bien que solo cabe negar la demanda y el auto subsiguiente, diciendo simplemente el demandado que lo

¹⁶² CORNEJO, *Diccionario Histórico y Forense del Derecho Real de España*, pág. 191.

¹⁶³ TAPIA, *Ob. Cit.* Pág. 78.

¹⁶⁴ HEVIA BOLAÑOS, *Ob. Cit.* Pág. 71.

¹⁶⁵ TAPIA, *Ibidem*, citando a Gregorio López.

¹⁶⁶ P.P. 3.10.3.

niega,¹⁶⁷ o bien puede confesar o contradecir la instancia del actor.¹⁶⁸ Cuando el contenido de la contestación a la demanda supone el reconocimiento del demandado a lo que se le pide, nos encontramos ante la figura del ALLANAMIENTO, que ya ha sido vista; a partir de esta premisa, cabría excluir el reconocimiento de lo pedido en la contestación y ceñirla por lo tanto exclusivamente a que en la contestación el demandado se oponga a lo reclamado con sus propios argumentos. Pero, cabe una tercera posibilidad, que es, la de que el demandado, aún reconociendo lo que se le reclama en la demanda, y reconociendo la acción, oponga determinadas circunstancias para la fijación de los hechos.¹⁶⁹

Lo que es indudable para toda la Doctrina es la esencialidad de la contestación para la existencia del proceso, aunque la causa se conozca de forma sumaria, no siendo válido el juicio en que sea omitida la contestación, pues es *fundamento, raíz, comenzamiento, esencial*. La coincidencia en este carácter de la contestación es indudable para la ley y para la doctrina, y consiguientemente para la práctica. La justificación de esta necesidad para la existencia del proceso, hay que basarla en el hecho de que el actor en su demanda no pregunta al demandado sobre las causas y acciones que propone, dándoles una positividad independiente de que el reo las reconozca o niegue; pero como el Juez no puede decidir la pretensión del actor por sus solas alegaciones, ha de darle al demandado *traslado de la instancia*, conteniendo este traslado una pregunta para que conteste y afirme si es cierta la demanda o no, por lo que **el demandado responde al Juez** lo que este desea saber sobre la demanda del actor, **siendo esta la materia o**

¹⁶⁷ GONZÁLEZ DE TORNEO, Ob. cit. fol. 7

¹⁶⁸ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 37.

¹⁶⁹ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 85.

asunto a que se refiere su contestación reconociéndola o negándola.¹⁷⁰ Es desde luego una especial elaboración doctrinal sobre la naturaleza jurídica de la contestación a la demanda, entendiendo la respuesta que da el demandado como dirigida al Juez de la causa, no al propio demandante, entendiendo, que es el juez el que pregunta al demandado que respuesta quiere dar a lo que en la demanda se contiene.

A) La contestación como perfección del proceso. La litis-contestatio.

El Derecho común busca en el proceso un factor que aglutine los actos aislados; esta unificación la encuentra en la formalización de la contienda procesal mediante la **litis-contestatio**. En su origen Romano clásico, la litis-contestatio tenía el carácter de un contrato entre partes, por el que, mediante el acuerdo de voluntades, se comprometían a someterse a la decisión del "iudex". Esta forma privatista pura, queda sin contenido cuando aparece la Jurisdicción como un poder estatal, al que las partes están sometidas sin un contrato, aunque de las voluntades de estas partes nazcan derechos y deberes para los litigantes y se ejerzan las potestades del juez.¹⁷¹ Esta es la idea jurídica que pasa al Derecho Común, recogiendo esta naturaleza de **aceptación contractual** por parte de los litigantes de los términos en que el litigio está planteado. La aceptación de las partes, como manifestaciones de su voluntad, no entra dentro del marco de la teoría general de los contratos como fuente de las obligaciones, sino que los autores (Heinecio entre otros) lo entiende como un **consentimiento presunto**, en sentido más estricto de presunción jurídica; aquello que se tiene por verdad mientras no exista prueba en contrario. Para el derecho romano clásico, las fuentes de las obligaciones eran fundamentalmente los contratos y los delitos; además se reconocían otras fuentes que no se entraban dentro de estos

¹⁷⁰ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 38.

¹⁷¹ PRIETO CASTRO. Ob. Cit. Pág. 29.

dos tipos, y que no suponían un acuerdo mutuo y convergente de voluntades, sino que su origen también participaba de la imperatividad de otra norma. Por ello, la elaboración de la doctrina a partir de los **glosadores** encuadra la **naturaleza jurídica del proceso perfeccionado** en el marco del **cuasicontrato** ya que participa de las voluntades de las partes y del imperativo de la ley, canalizada a través de la potestad jurisdiccional del juez.

Supone por tanto la perfección del proceso llegar a las condiciones necesarias para que pueda cumplir su papel de cauce jurídico de las pretensiones de las partes.¹⁷² Y por influencia del Derecho Común se adopta el término **litis-contestatio** para la contestación a la demanda, como acto que se realiza ya dentro del proceso (litis). Este carácter dentro de la litis que tiene la contestación, hace que deba adaptarse a la demanda, aceptando o rechazando los hechos y razonamientos jurídicos que la misma contiene.

Tiene por lo tanto la **litis-contestatio** tres elementos fundamentales:

- la demanda del actor.
- la respuesta del demandado a su contenido.
- el sometimiento a la potestad jurisdiccional del juez.

Se efectúa la **litis-contestatio** por la demanda del actor y la respuesta del demandado, y su contenido es el "recordamiento principal y respondimiento a él",¹⁷³ suponiendo la voluntad de contestar al litigio. La consecuencia fundamental de esta respuesta procesal es que se perfecciona la relación jurídica procesal y comienza formalmente el juicio.

En el pleito sobre arrendamiento de unas tierras, sguido en Villacastín, a la demanda de arrendamiento, que la hace el arrendatario por comparecencia, contesta el demandado diciendo

¹⁷² LALINDE ABADÍA, Ob. Cit. Pág. 777.

¹⁷³ MARGARITA DE LOS PLEITOS, tit. 10.

que ha llegado a su noticia que Antonio Bachiller ha dado y presentado cierto pedimento, del que se le ha dado traslado y hecho saber su decreto, y respondiendo a él, negándole ("es fuerza de ley despreciando en todo su pretensión, condenándole a perpetuo silencio por mal demandante") y formulando alegaciones en contra y sobre el fondo de la demanda, termina pidiendo que se provea según ha pedido. De la demanda se le dio traslado el día siete de Enero por tercero día, y la contestación la presenta el día once del mismo mes, es decir en el siguiente día a que venciese el término.¹⁷⁴

B) Término para formular la contestación. La Ley 3.10.3. de las Partidas nos dice que el comienzo y raíz de todo pleito, sobre el que se debe dar un juicio [por sentencia], es cuando se entra en él por **demanda** y por **respuesta** delante del **juzgador**. Y debe el demandado responder a la demanda por respuesta; la ley 6.3.3. del mismo cuerpo legal establece que el demandado podrá tomar plazo de "tercero día" cuando se mueva demanda contra él para aconsejarse y ver el derecho que le asiste. En el Ordenamiento de Alcalá, en 1386, se establece que en los Pleitos, que el día que la demanda fuese puesta al demandado, o a su procurador, sea obligado a responderla derechamente, contestando al pleito, conociendo o negando, hasta nueve días contenidos.¹⁷⁵ "Y todo ello porque se alargan los pleitos por razones maliciosas de los demandados, no queriendo responder derechamente a la demanda": de ahí que esta ley se dé para abreviar los pleitos.

Por lo tanto, el demandado tiene **nueve días** para instruirse de la demanda, una vez personado, y deliberar su contestación, empezando a correr y contarse desde el siguiente al de la notificación del traslado, ya que está a su decisión tomar la demanda, enterarse de ella y

¹⁷⁴ CHAN. VALL. P.A. 3782-3.

¹⁷⁵ N.R. 1.4.4.

consultar la decisión sobre si consultarla o contradecirla.¹⁷⁶

Pero la práctica es la de no evacuar los traslados, en general, y en concreto también el de la contestación a la demanda:

" sino que piden [las partes] otro y otros [traslados],pretextando algún grave motivo, y los jueces, aún cuando recelen o presuman alguna malicia, suelen conceder nuevos términos, ya por no dar lugar a que la parte apele de su negación y cause mayores dilaciones, ya porque en duda es justo atender a la defensa natural, aunque sea a costa de sufrir alguna dilacion".¹⁷⁷

Es decir, la práctica y la complejidad de los Jueces y Audiencias, había ido suponiendo que la respuesta a la demanda no se produjese de forma inmediata, sino que los demandados eludiesen esta obligación, por lo que **alargaban los pleitos** y se hizo necesario poner un **límite de tiempo** al demandado para que presentase su contestación: el de nueve días.

Parece claro que la intención del legislador en este momento era la de evitar que por demora en la presentación de la contestación a la demanda, los pleitos sufriesen dilaciones en perjuicio de la parte que reclamaba su derecho ante la jurisdicción, ya que no existía más fuerza coactiva para impelerle a ello que la posibilidad de ser declarado en rebeldía; declaración procesal, que como ya se ha visto, estaba sujeta en la práctica igualmente a demoras y prolongaciones.

Si partimos del momento en que el demandado es emplazado a comparecer y contestar mediante el traslado que de la demanda se le hubiese hecho, se abre un período de tiempo en el que se le da la posibilidad de analizar su derecho y lo alegado por el actor, para en su

¹⁷⁶ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 39.

¹⁷⁷ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 106, n.p.p.

consecuencia, si entiende que debe decir en el proceso, mostrarse parte y contestar. Puede ocurrir que dentro del término dado en la carta de emplazamiento, el demandado comparezca y conteste a la demanda afirmando o negando. También puede ocurrir que comparezca y se muestre parte sin agotar este término y a continuación, dentro del mismo produzca su respuesta. La dificultad de interpretación deriva de los dos términos con los que parece que puede encontrarse una persona que ha sido llamada al proceso: el que se le otorga en la carta de emplazamiento, y el que se le da para contestar. De la mencionada disposición (N.R. 1.4.4.), parece deducirse que los nueve días concedidos para contestar corren desde que la demanda fuese puesta, con lo que estaríamos solapando los dos períodos de tiempo. La doctrina saliendo al paso de esta duda, aclara, que si hay término señalado para comparecer, éste (el de la contestación) corre desde el fin de él.¹⁷⁸ Puede servir de aclaración lo dispuesto por los Reyes Católicos en las Ordenanzas de Madrid,¹⁷⁹ dentro de su interés por evitar que los pleitos continúen dilatándose en base a prácticas procesales viciadas, cuando fijan las excepciones dilatorias que puede presentar el demandado. En esta ley, se da el término de nueve días para interponerlas, "contados desde el fin de la carta de emplazamiento a que había de venir y presentarse", término que será común para contestar a la demanda. Con esta aclaración se está admitiendo que el término que se da en la carta de emplazamiento es para venir y comparecer, y una vez finalizado, corre un nuevo término, el de nueve días, para contestar a la demanda. Esto no impide a los demandados que en el término que se les da en la carta de emplazamiento puedan también formular su contestación.

La justificación de esta postura hay que buscarla en la mecánica procesal que permite al demandado primero comparecer para instruirse en la demanda e instrumentos con ella

¹⁷⁸ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 72.

¹⁷⁹ N.R. 1.5.4.

presentados. Para ello se le concede el término de nueve días deliberando su contestación, ya que puede tomar la demanda, enterarse de ella, y consultar su decisión.¹⁸⁰ Se debía respetar este término de nueve días, aunque el Juez hubiese mandado en la carta de emplazamiento que respondiese dentro del tercero día, y para evitar prolijidades, no se le debe acusar las rebeldías hasta que no transcurran los nueve días, ya que el juez no puede quitar el término que el demandado tiene para responder.¹⁸¹

Desde luego, la tendencia de la práctica había sido la de demorar lo más posible las actuaciones de las partes, aunque estas demoras estuviesen protegidas por el marco legal; así, se entendía, que si las defensiones que quería interponer el demandado eran del tipo de las perentorias, para las que la ley concedía el término de veinte días, este plazo se sumaba al de los nueve días concedidos para contestar, convirtiéndose en la práctica en veintinueve días.¹⁸²

En cuanto al cómputo de los días, pese a lo regulado en **Las Partidas**, se cuentan todos los días, incluso los feriados. La ley 6.3.3. advierte a los demandados que no están obligados a responder a la demanda que se les haya puesto en días feriados, y que si el día en que debiesen responder fuese así, debe, además de exigir la demanda por escrito, tomar plazo de "tercero día" para aconsejarse y buscar el derecho que le asista. Después de la ley de Recopilación ya mencionada, en la que se da el término para contestar de nueve días, la doctrina fue fijando la exigencia de que estos días corren de momento a momento,¹⁸³ contándose los días de fiesta,

¹⁸⁰ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 38.

¹⁸¹ MUÑOZ, Práctica de Procuradores, fol. 16

¹⁸² MONTERROSO Y ALVARADO, Práctica Civil y Criminal e Instrucción de Escribanos, fol. 11.

¹⁸³ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 72.

incluso para el que sea dar la contestación, pudiéndose hacer aunque sea de noche.¹⁸⁴ La perentoriedad de la norma ya comentada obligando a los demandados a contestar sin dilaciones o excusas, se completa por la dada por Enrique II en Toro en 1407 disponiendo que la contestación del pleito pueda ser hecha en cada uno de los nueve días señalados siquiera sea feriado o no. Hace que se le facilite el hecho de contestar, hasta el punto de que el ser día feriado no inhabilita el plazo.

C) Ante quién debe hacerse la contestación

La disposición mencionada,¹⁸⁵ siguiendo con el mismo criterio de facilitar al demandado su contestación, insiste en que el demandado puede presentar su respuesta en cualquier momento, esté presente o no el demandador, y en cualquier lugar en que pudiera ser habido el juez, ya sea en su casa o en la Audiencia donde suele juzgar; así mismo, puede el demandado presentar la contestación ante el escribano de la causa cuando la demanda sea escrita, y en el caso de que la demanda no fuese escrita la puede contestar ante cualquier otro escribano público del lugar de donde es el juez. Si no puede ser habido el juez, incluso se puede hacer la contestación ante las puertas de su casa o de la Audiencia, siempre que se haga en presencia de testigos,¹⁸⁶ y de la contestación hecha en ausencia de la parte actora, está obligado el demandado a darle traslado en el primer día en que compareciere en juicio, y a demostrar la misma contestación ante el juez.¹⁸⁷

Desde luego, que no pueden darse más facilidades al demandado para que haga su

¹⁸⁴ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 79.

¹⁸⁵ N.R. 2.4.4.

¹⁸⁶ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 72.

¹⁸⁷ N.R. 2.4.4.

respuesta a la demanda que las que se fijan en esta ley: puede contestar en cualquier momento, en festivo o de noche, y en cualquier lugar, siempre que sea dentro de la demarcación jurisdiccional en la que puede conocer el juez de la causa, pues aunque se deba hacer ante el juez, si a este no se le encuentra, no tiene el demandado excusa para demorarse, ya que se permite hacerlo ante el escribano de la causa, o ante cualquier otro escribano del lugar en el que resida el propio juez; incluso, no hallando ni a uno ni a otros, vale la ficción jurídica de hacer la contestación **a las puertas de la casa del juez**. Pero así como puede el demandado dirigirse a escribano **aunque no sea el de la causa**, no se le permite que se dirija a otro juez que no sea el que está conociendo de la demanda interpuesta; si se permitiese lo contrario (dar la contestación a juez distinto) se estaría alternando el principio de competencia de jurisdicción, en base al principio de sometimiento tácito a la jurisdicción desde el momento en que ante un juez determinado se formula alguna petición.

D) Efectos procesales de la contestación a la demanda

Después de la contestación **está trabada la litis**, por lo que no pueden las partes variar la demanda o respuesta que hubieran dado,¹⁸⁸ después que el pleito es comenzado por demanda y por respuesta.¹⁸⁹ Pues se puede la parte arrepentir contra la voluntad de su adversario de la demanda y demás autos, y mudar su acción antes de la contestación, más no después de ella **por ser ya trabada la litis y haber pasado en casi contrato**.¹⁹⁰ Aparece aquí desde una óptica practicista, la idea civilista que informa el proceso civil durante todo el sistema del Derecho Común, sin que ninguna ley real ni la práctica del foro lo desvirtuasen: el proceso civil es un

¹⁸⁸ JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pág. 286.

¹⁸⁹ P.P. 2.10.3.

¹⁹⁰ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 72.

cuasicontrato y como tal se perfecciona con las manifestaciones de voluntad de las dos partes procesales, demandante y demandado, que se traducen en el plano de las realidades procesales en la demanda y la contestación.

Dentro de esta línea fundamental, vamos a ver cuales son los efectos concretos que produce la contestación dentro del pleito.

1º.- Como ya se ha dicho, una vez hecha la contestación no puede el demandante arrepentirse, dejar de proseguir el juicio hasta sentencia, ni cambiar su acción contra la voluntad del demandado; ni al contrario el demandado contra la voluntad del actor, porque ya está fijado el contenido de la litis, y se ha convertido en un cuasicontrato entre los litigantes.

2º.- Consecuencia de lo anterior es cerrar la puerta a la posibilidad e interponer la declinatoria de jurisdicción y las otras excepciones dilatorias, quedando el reo sujeto al Juez y obligado el actor en el marco del proceso.

3º.- Al producirse la perfección de la litis, se interrumpe definitivamente la prescripción de la acción.

4º.- Si el demandado es vencido en el juicio está obligado a devolver los frutos devengados desde la contestación, por lo que desde el momento en que esta se produce se constituye en mora.

5º.- Si es válida la contestación, la acción personal se prórroga por cuarenta años.

6º.- A partir de la contestación, el procurador que la hace se le considera dueño del pleito, con posibilidad de sustituir el poder.

7º.- Después de contestado el pleito se puede proceder a la recepción de testigos y demás pruebas.

8º.- Una vez contestado el pleito, aunque muera alguno de los litigantes, puede el

procurador del demandado continuarlo hasta la decisión final, aunque los herederos no ratifiquen el poder, ni le den otro, siempre que no elijan nuevo apoderado.¹⁹¹

9º.- Puede el juez tomar juramento de las partes que anden "verdaderamente en el pleito", con el fin de saber mejor la verdad del objeto del litigio. Aunque de ello ya se cuidan los abogados a fin de que no se dude del hecho, aunque el juez pueda hacer jurar a las partes para saber la verdad en caso de alguna duda.¹⁹²

10º.- Puede el juez, desde este momento dar la sentencia sobre lo pedido en la demanda, lo que no sería posible si el pleito no fuese así comenzado por demanda y respuesta.

11º.- Si la cosa objeto del litigio pudiese perderse en un tiempo menor de un año, nace la protección o aseguramiento de la cosa litigiosa.

12º.- Una vez comenzado el pleito por demanda y respuesta ante el juez, no puede ninguna de las partes desear al juez por sospechoso ni recusarle por ninguna otra razón.¹⁹³

E) La omisión de la contestación. Sus efectos.

La omisión de la contestación, si la demanda y el emplazamiento reúnen todos los requisitos, supone que al demandado se le tiene por confeso "ipso iure", siéndole acusada la rebeldía.¹⁹⁴ La pena derivada de esta ausencia de contestación y su consiguiente rebeldía, deberá ir contenida en la resolución en la que al demandado se le tenga por contumaz, ya que si muere antes de que se produzca, la pena no es transmisible a sus herederos.

Cuando el demandado omite su contestación basándose en que el procurador del actor

¹⁹¹ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 81.

¹⁹² BERNI Y CATALÁ, Apuntamientos de Partidas, not. pág. 76.

¹⁹³ P.P. 8.10.3.

¹⁹⁴ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 72.

no ha presentado su poder, no está obligado a contestar y por lo tanto no se le puede tener por confeso, ya que la falta de respuesta no se puede considerar confesión en un juicio que es nulo per se.¹⁹⁵

Quizás a causa de la mitificación medieval de la *litis-contestatio*, la ausencia de este momento procesal venía a entorpecer la marcha del proceso, aunque como ya se ha visto, la ficción jurídica de la rebeldía paliaba los efectos negativos que podía tener en un proceso el hecho de que el demandado no contestase a la demanda. La *litis-contestatio*, como una exteriorización de las partes de su resolución de ligarse a un procedimiento contencioso y a una sentencia jurisdiccional,¹⁹⁶ continuó ligada al proceso como un elemento esencial, sobre todo por la insistencia de la práctica forense y parte de la doctrina procesalista, aunque llegó un momento en el que los autores se cuestionaron la necesidad de prescindir de la contestación como una forma de **simplificación del proceso**, en la línea de influencia de la corriente, cuya finalidad era la de encontrar una vía de simplificación en el proceso ordinario, tan farragoso y lento, para facilitar la resolución de los asuntos con mayor celeridad; la liberación de la *litis-contestatio* era uno de los principios informantes que se veían como facilitadores de la marcha normalizada del proceso, sin que se viese sujeto tan excesivamente a la voluntad de las partes. No hay que olvidar que desde Las Partidas no se podía continuar el juicio si no había contestación.¹⁹⁷ La doctrina sigue esta línea, dándole carácter general a la *litis-contestatio* siempre que no se dispusiese lo contrario; y consideraba que debía formalizarse por afirmaciones o negaciones, y no por excepciones dilatorias. Y su valor era tal, que las posibilidades de desistir el actor terminaban

¹⁹⁵ Ibidem, pág. 74.

¹⁹⁶ FAIREN GUILLÉN, El juicio ordinario y los plenarios rápidos, pag 59.

¹⁹⁷ P.P. 3.1.3.

cuando se contestaba a la demanda. Aunque en **Las Partidas** se permita este desistimiento,¹⁹⁸ la doctrina lo valoraba como una zona oscura, y la práctica lo eludía sujetando la aceptación del demandado constituido en parte para que surtiese efectos.

En 1753 un vecino de Segovia formula una petición ante su Alcalde Mayor diciendo que vendió una casa con escritura de obligación aplazada; del precio que tenía que cobrar se le han retenido 200 reales que el comprador debía a otro acreedor; como este crédito no está justificado, pide que se le devuelva la cantidad. El juez sin esperar oír a la otra parte, acuerda librar comisión para requerir de pago y embargo.¹⁹⁹ Dado que no es un pleito ejecutivo, sino una reclamación de cantidad, sólo se puede entender la falta de traslado de la petición al demandado por ser una cantidad pequeña (200 reales) la que se reclama. En cualquier caso, se está haciendo una interpretación a la vista de la documentación, sin que en el pleito se explicita que se está tramitando simplificada por ser de pequeña entidad; simplificación que comienza por eludir el trámite de la contestación. En cuanto al contenido de la contestación como **hecho procesal**, se debe partir de que cuando tal se producía, se trataba en esencia de un mensaje dirigido a negar, anular, rebatir o desmentir lo que en la demanda decía el actor. Si se parte de que las propias demandas estaban formuladas nuclearmente por una relación de los hechos esgrimidos como motivo para pedir, con escasa o nula argumentación jurídica, se entiende que las contestaciones mantengan el mismo discurso argumental.

En el pleito seguido en 1751 en la Chancillería de Valladolid, como Caso de Corte, por el que una madre reclama alimentos a su hijo que es Regidor de Zamora, cuando contesta a la demanda, después de hacer un resumen de la petición, comienza advirtiendo, mediante **cláusula**

¹⁹⁸ P.P. 9.22.3.

¹⁹⁹ A.H.P.S. J-1235/5.

de estilo, que sólo la contesta en lo que le interesa, pidiendo “ que se ha de absolver y dar por libre [...] de la referida demanda”. Sigue negando la demanda, en base a que no está obligado a contribuir a los alimentos , ya que a la muerte del padre del demandado y marido de la demandante se hicieron las particiones, adjudicándose a la viuda cantidades en metálico que no corresponde haber gastado en el tiempo transcurrido. Además, considera el demandado que no se dan las premisas básicas del derecho como “la indigencia del alimentario y la opulencia del alimentante”, pues las rentas que percibe no son suficientes para mantener a su familia “ con la decencia correspondiente a su estado y calidad”²⁰⁰

En el pleito por evicción y saneamiento de la compra-venta de unas tierras (Corregidor de Olmedo, 1720), los demandados, herederos de los en su día vendedores, piden que se les absuelva de la demanda o libelo, pues no está puesta a tiempo y forma, conteniendo contradicciones, y según Derecho “ debe contener cosa cierta y no ser oscuro”. Alega simplemente que es incierto que a la demandante le falten tierras, y en todo caso, se deberá al hecho de haber dejado entrar a terceras personas. Además, consideran que hay negligencia del comprador al no reivindicar la cosa al poseedor “ pues la culpa siempre debe ser unívoca al que la comete y no a un tercero”. Valoran como prescrita la acción, pues han transcurrido más de treinta y cuatro años desde la transmisión, y la acción personal que es la que intenta el demandante prescribe a los veinte años²⁰¹.

Pero no siempre las contestaciones a la demanda tenían un contenido jurídico tan concreto como en estos dos casos; lo más frecuente es que se refieran sólo hechos y no argumentos jurídicos. Así en la demanda declarativa de dominio del molino (Alcalde Mayor de Villavieja,

²⁰⁰ CHAN. VALL. P.A. 2987-2

²⁰¹ CHAN. VALL. P.A. 3782-4

Ciudad Rodrigo 1767) contesta el demandado diciendo que el demandante heredó el molino de sus padres, y que por lo tanto a los demás herederos les corresponde su parte, sin que haya demostrado por título que el molino le pertenece; y en Derecho la prueba le corresponde al actor; Además en el momento de la adjudicación de la herencia, el propio demandado era menor, sujeto a curador, por lo que no pudo intervenir en las diligencias de partición ²⁰².

Lo mismo se puede decir de la demanda de arrendamiento (Alcalde Ordinario Villacastín 1751), en el que el demandado que es el propietario de las tierras, se limita a narrar los hechos que le han llevado a exigir al arrendatario que desaloje la finca, motivo por el que este le pone la demanda.²⁰³

Las contestaciones a las demandas, son en sí documentos orientadores sobre los motivos de defensa utilizados en la justicia civil, que parecen en algunos casos más completos que las propias demandas, y que concretan sus argumentos en los escritos de segundas alegaciones.

5.9. LA RECONVENCIÓN Y LA COMPENSACIÓN.

5.9.1. LA RECONVENCIÓN.

La reconvención es una facultad que tiene el demandado, por su propia condición procesal, para oponerle al actor las reclamaciones que a su vez tenga contra él, para que sean interpuestas en el mismo cauce procesal en el que se le han formulado, lo que origina una perfección dúplice del proceso.²⁰⁴ No es por lo tanto una necesidad procesal ni un requisito para la existencia misma del proceso; la reconvención se mueve en el plano del posibilismo que se

²⁰²CHAN. VALL. P.A. 2792-3

²⁰³CHAN. VALL. P.A. 3782-3

²⁰⁴LALINDE ABADIA, Ob. Cit. Pág. 779.

atribuye a la libre voluntad que influye todo el proceso civil. Por ello la reconvención solo se admite en los pleitos civiles, nunca en el proceso criminal, ya que no se admitiría en los casos en que cupiese justicia de muerte o de lesión;²⁰⁵ y si el actor pide hurto, daño o injuria, aunque lo intente civilmente, ya que en estos casos no ha lugar contra la reconvención ni puede ser reconvenido.²⁰⁶ En realidad es una nueva demanda distinta en todas sus partes de la formulada por el actor, porque su acción y la que propone el demandado son notoriamente distintas; y aunque las partes parezcan las mismas, son diversas en sus situaciones procesales, ya que el demandado en la primera es actor en la segunda y al contrario, "produciendo las enunciadas representaciones diversidad legal en los juicios".²⁰⁷ La reconvención es en realidad una demanda que el demandado formula contra el actor inicial, porque el proceso pendiente es el cauce que le proporciona esta oportunidad de convertirse a su vez en demandante reconvencional. El demandado en su respuesta no tiene porqué limitarse solo a formular reconvención, sino que puede negar la demanda principal y formular la reconvención con carácter subsidiario. Supone pues la reconvención una acumulación de objetos procesales, que se tramitan y resuelven en el mismo procedimiento y en única sentencia, ya que la mutua petición que es la reconvención y la demanda principal deben tratarse en un mismo juicio, aunque nazcan de causas distintas: "Providencia sabia de las leyes para que de este modo acaben de una vez las controversias que los ciudadanos puedan tener entre sí".²⁰⁸

Nace la reconvención como un privilegio para el demandado, para evitar que éste

²⁰⁵ P.P. 4.10.3.

²⁰⁶ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 75.

²⁰⁷ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 56.

²⁰⁸ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 86.

ejercitase su mutua petición ante juez distinto de la demanda contra él puesta, que sería el del fuero del actor; así se seguirían dos pleitos antes jueces distintos, que correrían paralelos, "compitiendo las partes en los esfuerzos de hacerlos interminables, porque cada una deseaba que se concluyese primero aquel en que era actor y del cual esperaba sacar interés". Para evitarlo se reunieron las dos acciones en un mismo juicio y ante un mismo juez, tramitándose al mismo tiempo para que acabase en una sola sentencia.²⁰⁹

Por lo tanto, el demandado emplazado que tenga algún derecho contra el demandante, lo puede pedir ante el mismo Juez que le ha citado, aunque para el actor no sea competente, siempre que la materia sobre la que reconvenga esté dentro de sus competencias.²¹⁰

La reconvención es una figura procesal con escasa apoyatura legal, por lo que su formulación es más bien doctrinal. En la ya mencionada disposición de las Ordenanzas de Madrid,²¹¹ en la que se regulan las excepciones dilatorias y perentorias que puede presentar el demandado, se dispone que dentro de los veinte días que éste tiene para presentar excepciones perentorias **pueda, si entiende que le cumple, poner y hacer su pedimento y reconvención de mutua petición contra el actor**. Y en **Las Partidas**, de forma dispersa, en los distintos títulos de la Partida Tercera se hace referencia a la reconvención.²¹² Por todo ello se define la reconvención como "mutua petición o nueva demanda que el reo pone al actor, después de contestada la que este le puso", en base a que a veces pueden los demandados, no solo excepcionar para enervar o destruir las pretensiones de los demandantes, sino también ejercitar

²⁰⁹ CONDE DE LACANADA, Ob. Cit. Pág. 75.

²¹⁰ Ibidem.

²¹¹ N.R. 1.5.4.

²¹² "si el demandado quiere mover algún pleito contra aquel que le hace la demanda". P.P. 32.2.3.

acciones para reconvenirlos judicialmente, "a fin de evitar gastos en nuevos pleitos, o acudir ante sus jueces privativos, si son de distinto fuero y quieren usar de ellos en el mismo juicio".²¹³

"Reconvencción es la **nueva demanda**, que el reo, después de contestada la que le puso el actor, le pone de lo que le debe; la cual puede poner, y con ella reconvenir el reo al actor **en la misma causa** y juicio en que le demandó; porque así como en el demandado, así en el le puede demandar, y reconvenir, sin que pueda excusarse de responder".²¹⁴

En la práctica no era frecuente encontrar demandas reconvenzionales, quizás por ser esta una posibilidad de simplificación procesal, y la simplificación estaba reñida con la tendencia de los letrados que preferían iniciar otro pleito paralelo, y así aumentar sus ingresos.

En un pleito que se inicia pidiendo el vendedor la nulidad de la venta de una tierra, es decir, un pleito declarativo, contesta el demandado, que ya que el vendedor actuó de mala fe y en fraude, formula contra él acusación y queja criminal, pidiendo además de la indemnización, la evicción y el saneamiento de la venta, la encarcelación del actor.²¹⁵ En este caso, el demandado se opone a la demanda diciendo que el actor no precisa la causa por la que pide la nulidad de la venta, y además dirige contra él una nueva acción: pide la evicción y saneamiento y la indemnización de los daños. Todo ello con bastantes imprecisiones formales, ya que la nueva demanda o demanda de reconvencción no se expresa como tal, aunque si está muy clara la intención de ejercitar una acción; y además se mezclan las acciones penales y las acciones civiles. Pero pese a ser infrecuente que el demandado reconviniere al actor, existen casos en los que la

²¹³ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 102.

²¹⁴ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 75.

²¹⁵ A.H.P.S., J-1027/28

única defensa que puede tener el demandado es precisamente plantear al demandante cuestión que anule su petición. Esto es lo que hizo la demandada en una reclamación de tutela. La abuela de una menor pide al juez de Pedro Manrique la tutela de su nieta, hija de su hijo ya fallecido, por haberse casado nuevamente su nuera que es la tutora testamentaria. La madre de la niña se opone a esta reclamación e instrumenta una demanda reconvenzional, reclamando a su suegra que entregue a su hija los bienes de las herencias del padre y abuelo que estaban sin liquidar. De esta manera podía demostrar que la abuela era deudora de la niña, con lo que quedaba excluida de la tutela²¹⁶

A) Personas que pueden hacer la reconvencción.

En principio pueden hacer reconvencción las personas, que no están afectadas por prohibiciones o incapacidades para comparecer en juicio, dentro de los criterios generales de legitimación y postulación. En el momento procesal que estamos, además se prohíbe reconvenir:

- al actor para que demande por segunda vez o reconvenga en la misma causa el reo que le reconvino, ya que crearía un **infinito** de reconvencciones, sin cierre del nudo procesal.

- al demandado en situación de excomunión, pues puede comparecer en juicio para excepcionar y defenderse, pero no para interponer nueva acción.

- tampoco puede el demandado reconvenir al actor, cuando interpone la demanda en representación de otra persona, ya que los verdaderos demandantes son las personas a quienes representan

B) Diferencia entre reconvencción y compensación.²¹⁷

- **La reconvencción** va dirigida a anular o extinguir la acción interpuesta por el

²¹⁶ CHAN. VALL. P.A. 3325-1

²¹⁷ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 103.

demandante en su demanda, mientras que por la compensación se le pide otra cosa.

- **En la compensación la deuda que se discute** ha de ser líquida, determinada y confesada, mientras que la reclamación que se formula en la reconvención se puede hacer por una deuda no liquidada, incluso de cosa de especie distinta de la que se demanda.

- La reconvención supone una prórroga automática de jurisdicción para aquel demandado que la opone ante el juez que conoce de la demanda que le han dirigido; por el contrario esta posibilidad no cabe para el demandado que intenta compensar su derecho, ya que en este caso el juez tiene que ser competente para conocer de esta reclamación.

- Mientras la compensación se admite solo limitadamente, para algunos supuestos, el demandado puede reconvenir, no sólo sobre el mismo negocio, sino sobre otro cualquiera.

- La compensación se termina siempre por sentencia, mientras que en la reconvención caben otras posibilidades.

- La compensación supone un reconocimiento de deuda, que incluso puede servir para preparar otro proceso, y la reconvención nunca puede tener este contenido.

- La compensación está limitada a lo que pide la otra parte, y la reconvención no tienen más limitación objetiva que la adecuación del procedimiento en el que se plantea.

- La reclamación que se formula mediante compensación, aunque no se admita, no tiene autoridad de cosa juzgada y puede volverse a formular en instancia distinta.

- La compensación puede alegarse en segunda instancia, cuando no se ha alegado en la primera, mientras que no se puede hacer con la reconvención, ya que en la apelación no hay prórroga de jurisdicción.²¹⁸

²¹⁸ Tanto reconvención como compensación se pueden oponer en la ejecución de la sentencia. (Curia Filipica, pág. 76.). En Las Partidas, 20.14.5., G. López en su glosa, dice: que la compensación se puede oponer [en diez días] aunque sea sentencia pasada en cosa juzgada.

- Contra la compensación cabe a veces la réplica, mientras que en la reconvención no se admite pues se acumularían pretensiones.

C) Efectos de la reconvención.²¹⁹

- Tanto la demanda principal como la reconvención se han de determinar y fallar en un mismo proceso, aunque sean distintas y desiguales. La demanda y la reconvención han de caminar al mismo paso, siguiéndose a un tiempo y determinándose en una misma sentencia. Solamente en los casos en que la causa principal sea sumaria, y la reconvención deba tratarse en plenario ordinario, deberá el juez fallar en primer lugar la sumaria, y continuar con la que corresponde a la demanda reconvencional, ya que sino se causaría perjuicio al actor.

- se prórroga "ex lege" la jurisdicción del juez que conoce del negocio principal, aún sin el consentimiento de las partes. A la reconvención está obligado a responder el actor, sin que pueda excusar que la competencia no es del juez que conoce del asunto: "esto tuvieron los Sabios por razón, pues así como el demandador pudo alcanzar derecho ante aquel juzgador, que así le sea tenido de responder ante él".²²⁰ Es regla conocida que el actor ha de seguir el fuero del reo.²²¹

La prórroga de jurisdicción puede hacerse desde la parte actora, cuando pide ante el juez que no es del domicilio del demandado y este no formula declinatoria de jurisdicción, sino que reconviene al demandante ante él, ya que se debe entender como una sumisión tácita a la jurisdicción; y desde la parte del demandado, cuando se le demanda ante juez incompetente, y el demandado reconviene ante el mismo.

- si el actor no quiere contestar a la reconvención del demandado, no está éste obligado

²¹⁹ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 104.

²²⁰ P.P. 32.2.3.

²²¹ BERNI Y CATALÁ, Apunt. a P.P. 32.2.3.

a responder a la demanda, ya que las dos reclamaciones se han de tratar simultáneamente, y la condición de los dos debe ser la misma. Ni puede excusarse el actor de responder ante el juez de la demanda a la reconvención del demandado en los casos en que se admite, ya que la jurisdicción se encuentra prorrogada por imperativo legal, sin que pueda alegar ningún privilegio a favor suyo; no respondiendo se le puede negar la audiencia sobre su demanda como si fuese rebelde teniéndole por confeso, ya que si no quiso obtener justicia ante el juez que eligió contra el demandado, lo mismo está obligado a responder a la reconvención ante el mismo juez. Esta fuerza obligatoria de asumir la jurisdicción del reo, se basa en que el demandado utiliza la reconvención para defenderse, y para que la acción del demandante no le perjudique más de lo necesario.

- se debe observar en ambas causas el mismo modo de proceder procesalmente.

D) Ante quien se puede presentar la reconvención.

La regla general para determinar la competencia del juez en base al domicilio del demandado, haría suponer, en los casos de demanda reconvencional, la distorsión en el conocimiento de los pleitos en los que se ha formulado mutua petición; no sólo porque se haría necesario repetir alegaciones y pruebas comunes a las dos peticiones, sino que la unidad de decisión quedará vulnerada, pudiéndose dictar sentencias contradictorias, y sobre todo, jugando un importante papel el hecho de que según el juez que conociese del asunto, y los avatares procesales, un pleito podía ser resuelto antes que otro, y conseguida la sentencia con valor de cosa juzgada y ejecutoria, se podían vulnerar intereses protegidos en el proceso mutuo. Por ello, la competencia para conocer y fallar de una demanda reconvencional está determinada por el hecho de que el propio demandado, al formularla ante el juez de su jurisdicción, está utilizando el cauce procesal que le permite el hecho de haber sido demandado, como un privilegio a oponer

frente la acción de la otra parte, que sabe de antemano que puede ser utilizada esta posibilidad por la persona a la que demanda. Todo este planeamiento hace que tanto legislación como doctrina se decanten

"a favor del juez que empezó a conocer como ordinario y competente de la acción y demanda introducida contra el reo, que estaba sujeto a aquel juzgado por razón de domicilio, o por otras causas legales para que él mismo pueda ejercitar su jurisdicción, y extenderla y conocer y determinar las causas del mismo actor, que propusiese el reo por vía de reconvención y mutua petición, aunque sea de diverso fuero y jurisdicción".²²²

A la vista del carácter excepcional que se da al fuero en las reconvenciones, por el que se limita el derecho real y la propia doctrina, que protegen al demandado para que pueda defenderse dentro del fuero de su domicilio de las acciones que se intenten contra él, hay que considerar las poderosas razones que habrán tenido los legisladores para vulnerar con tanta indulgencia el derecho común. El mismo autor reconoce que en la doctrina no hubo unanimidad de criterios para justificar la vulneración de la norma general de aplicación del fuero del domicilio del demandado, haciendo oscura y confusa la decisión de esta cuestión. Por ello, hace un resumen de las actitudes doctrinales sobre este punto.

Para **Barbosa**, siguiendo a **Papiniano**, que se basaba en una razón de equidad, se está ante una traslación o trasunto de la libertad de elección de fuero que supone, dentro de las obligaciones y contratos, que las partes se **sometan** a un fuero concreto para resolver los conflictos que puedan derivarse de su cumplimiento. En esta línea piensa **Gonzalez**, consistiendo en la aprobación que hace el actor del juez del demandado ante quien pone su demanda, considerándole por este acto como el juez adecuado para administrar justicia, pues no tendría

²²² CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 57.

sentido que el propio demandado rechazase al juez de su fuero. Para **Castillo de Bovadilla** y para **Larrea**, el que es demandado en una demanda, y quiere interponer la suya contra el mismo actor, lo ha de hacer ante el juez del propio fuero que empezó a conocer de la primera instancia, reduciéndose así los dos procesos a uno, y haciéndose más libre la defensa al demandado que se torna actor en la nueva demanda, pues la situaba en su propio fuero, y se conseguía la igualdad en la duración de las dos instancias, determinándose en una sola sentencia por el orden con que se habían interpuesto.

La reconvención se puede hacer normalmente ante cualquier juez, entendiendo como tal que sea ordinario o delegado. Incluso el juez delegado nombrado como tal a petición del actor para conocer un asunto concreto, ya que si el demandante quiso conseguir un derecho ante este juez, que ante él lo haga el demandado.²²³ Todo ello, salvo que las facultades contenidas en el título de la delegación, se limite a conocer de una causa y le prohíba conocer de otra; hay que tener en cuenta que esta jurisdicción es más limitada, por su propia condición de mandato y comisión que se da para conocer y determinar ciertas causas, obligando a reducir el cumplimiento de la comisión a los propios términos.²²⁴ Todas estas consideraciones tienen que ceder a la más importante de que el mismo juez conozca de las causas y acciones que introduzca el demandado contra el actor por reconvención y mutua petición.²²⁵

"después que el demandado haya respondido a la demanda de su contendor delante del juez delegado, si se quisiere hacer otra demanda al demandador delante de ese mismo juez, que lo pueda hacer, como en manera de reconvención. Y

²²³ P.P. 20.4.3.

²²⁴ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 57-58.

²²⁵ *Ibidem*.

tiene poder el delegado de oír tal pleito y librarlo, aunque no le fuese encomendado expresamente; [...] después que el demandador quiso alcanzar derecho ante ese juez, que ante él lo haga el demandado".²²⁶

La reconvencción hace el mismo efecto que la demanda respecto del actor: previene la relación jurisdiccional, de forma que una vez hecha la reconvencción, el demandante no puede renunciar a su derecho.

En cuanto a los jueces particulares o espaciales, una vez elegido por el actor es válida para la reconvencción ya que la jurisdicción se prórroga por la elección y por razón de la propia ley; queda de tal forma vinculado a la jurisdicción todas las incidencias procesales, que aunque una persona pueda ser demandado entre dos jueces, no le es posible excepcionar la jurisdicción de aquel ante quien se le ha demandado y alegar que quiere ser demandado ante el otro posible conocedor de la causa.

En cambio, el demandado/actor no puede presentar reconvencción ante un árbitro elegido voluntariamente y de común acuerdo por los litigantes porque no tienen realmente jurisdicción, sólo puede conocer y decidir sobre aquello que de común acuerdo las partes le han recomendado, no pudiéndose exceder de los términos del compromiso. Aunque si puede ser reconvenido el actor ante el árbitro de derecho, que es el que se elige por necesidad de la ley.

Tampoco puede admitir reconvencción el juez que conoce en apelación, ya que sus límites de conocimiento están en lo que se conoció en primera instancia, y porque la apelación está dirigida a reparar el perjuicio que para la parte apelante ha causado la sentencia de primera instancia.²²⁷

²²⁶ P.P. 20.4.3.

²²⁷ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 108.

E) Tiempo para formular reconvencción y su trámite.

La doctrina ha mantenido posiciones muy varias sobre cual es el momento para interponer la reconvencción: para unos la reconvencción se puede formular en cualquier momento del pleito, hasta la sentencia; otros aseguran que sólo puede hacerse antes de la contestación o en el tiempo próximo a ella; finalmente, otra parte, eclécticamente, dicen que la reconvencción formulada antes o en el mismo acto de la contestación produce el efecto de fijar la jurisdicción del juez sobre el actor, siguiendo las dos demandas el mismo proceso y fallándose en la misma sentencia, pero que cuando se hace después de la contestación ya no tiene el efecto de substanciarse en el mismo pleito, sólo el de fijar la jurisdicción.²²⁸

Está obligado el demandado que quiera reconvenir a proponer su mutua petición en los mismos veinte días que le da la ley para proponer las excepciones perentorias, después de la contestación a la demanda, y no en adelante,²²⁹ ya que pasados estos veinte días no se puede admitir la reconvencción ni surtirá efecto alguno.²³⁰ Aunque si seguimos la misma teoría del cómputo de los días que tiene el demandado para hacer su contestación, según **Monterroso y Alvarado**, los días totales serían veintinueve y no veinte. La mayoría de la doctrina práctica del XVIII se decanta por el término marcado en la ley 1.5.4. de la N.R.:

"y que dentro de los dichos veinte días pueda el reo, si entendiere que le cumple, poner y hacer su pedimento y reconvencción, y de mutua petición contra el actor y no después"

Esta ley confirma la idea de que el motivo principal de admitir las reconvencciones ha sido

²²⁸ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 67.

²²⁹ JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pág. 22.

²³⁰ TAPIA, Ibidem.

siempre el beneficio público de seguirse y determinarse a un mismo tiempo las dos demandas, y al poderse hacer solamente poniendo la reconvención en los veinte días, no admitiéndose las que se hagan después, debiendo imputar a su negligencia el perjuicio que tenga que soportar por tener que acudir al ejercicio de una acción ante el fuero del actor.²³¹

Como ya se ha dicho, para la contestación y las excepciones, este término corre de momento a momento aunque sean días feriados.

Tanto de las excepciones como de la reconvención se debe dar traslado al actor,²³² el cual, desde que se le notifica tiene seis días para responder a lo excepcionado y nueve a la reconvención,²³³ desde la notificación del traslado exclusive.

F) Supuestos en los que se puede presentar reconvención.

Si en general la reconvención se puede formular en cualquier proceso, siempre que la reclamación que le haga el demandado al actor sea mutua y como consecuencia del mismo motivo en que se basa la demanda, siempre que no exceda los límites del proceso y de la competencia y jurisdicción del juez y que ambas partes estén legitimadas activa y pasivamente, hay supuestos específicos para reconvenir:

1º.- En principio en cualquier causa, mientras que por su propia naturaleza y cualidad no se repugnen, y no exista prohibición especial, aunque las dos sean de distintos género: cuando la demanda se formula por acción real y la reconvención por acción personal, o como ya se ha dicho, cuando una acción ha de despacharse en causa sumaria y la otra en plenaria, en cuyo caso se resolvería primero la que implica más celeridad y se prorrogaría la jurisdicción a la plenaria.

²³¹ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 68.

²³² TAPIA, Ibidem.

²³³ JUAN Y COLOM, Ibidem.

2º.- En causas ejecutivas, se puede hacer reconvencción, siempre que se pueda liquidar y decidir al mismo tiempo que la demanda y que la una no impida el curso de la otra, dándose el mismo valor al instrumento ejecutivo que a una sentencia, y como por su fuerza de cosa juzgada y ejecutiva, después de dictada una sentencia no se puede pedir reconvencción, lo mismo ocurre en una ejecución forzosa judicial, admitiéndose solamente la reconvencción en este tipo de reclamaciones la prórroga de jurisdicción.

"precisamente en la vía ejecutiva no se admite la reconvencción según la práctica de dentro y fuera de la Corte. Si la cantidad por la que el reo trata de reconvenir al actor, es líquida como la suya, podrá excepcionarlo así en el término encargado con presencia de documento que justifique su acción: si no es líquida, como que no tiene lugar para una excepción justa, tampoco la tiene para la reconvencción. De consiguiente, no habiendo lugar a ella, no puede prorrogarse la jurisdicción del juez que conoce en la demanda [...]. Soy de parecer que nunca debe admitirse la reconvencción para el efecto de prorrogar la jurisdicción del juez, siempre que no haya de seguirse y decidirse, al mismo tiempo que la demanda principal".²³⁴

Nacen estas dudas doctrinales de la dificultad que supone aplicar la institución de la reconvencción, nacida en el juicio declarativo, al desarrollo procesal del juicio ejecutivo. En este tipo de procesos, sumarios y especiales, se altera el orden lógico de los actos procesales: mientras en un juicio declarativo ordinario la captura de los bienes del demandado para aplicar su valor a resarcir el perjuicio del actor, se hace como consecuencia de la existencia de una sentencia con valor de cosa juzgada y ejecutoria, en los juicios ejecutivos, esta captura se hace previa a la contienda judicial; primero se embargan los bienes y luego se cita al demandado para que alegue sus excepciones si es que las tiene. Se ha quebrado así el plano lógico del proceso,

²³⁴ TAPIA, Ibidem.

alegaciones/prueba/juicio, para introducir con carácter previo a la discusión procesal la ejecución de lo reclamado en los bienes del deudor. Por ello, la admisión o no de la reconvención en un proceso de ejecución, plantea problemas a la doctrina según se encuadre la reconvención en las normas generales de los juicios declarativos, o en las excepciones de los propios ejecutivos.

En este punto de la posibilidad de hacer reconvención en los juicios ejecutivos, la doctrina está dividida. Mientras parte admite la tesis de la admisión siempre que la ejecución pueda hacerse líquida en la mutua petición, y en el caso de que la demanda de reconvención suponga un mayor conocimiento que la sumaria ejecutiva, se reserva la posibilidad de continuarla en juicio separado ante el mismo Juez. **Acevedo** la funda en que la reconvención es una de las excepciones más legítimas recibida por derecho civil, canónico y real para poder impugnar y contrarrestar la demanda. Parte de la posibilidad que Enrique III da a los mercaderes de Sevilla en 1396, y que ratifican los Reyes Católicos en Toledo en 1480, por la que se facilita la ejecución de obligaciones y deudas documentadas y se declaran no legítimas las excepciones que contra estas escrituras fuesen alegadas, para impedir que las deudas no puedan hacerse efectivas por estas excepciones alegadas por los deudores, impidiendo que los acreedores sean resarcidos de sus deudas "por paga o excepción que los dichos deudores aleguen" salvo que en **diez días** acrediten la paga o excepción".²³⁵ En base a ello, parece consiguiente que pueda tener lugar la reconvención en el mismo término de diez días, y que si no se liquida dentro de él, la ejecución sigue su curso, reservando la acción ejercitada en la reconvención a otro pleito ante el mismo juez. **Carleval** apoya este criterio.²³⁶ Por el contrario, otros autores apoyan la teoría de que en los

²³⁵ N.R. 2.21.4.

²³⁶ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 69.

juicios ejecutivos no cabe la reconvención, entre ellos el propio **Baldo**.²³⁷ **El Conde de la Cañada** mantiene este criterio, pero lo basa en razones distintas que la doctrina tradicional (el ser la reconvención una de las más legítimas excepciones que tiene todo demandado en juicio), que apoya en las leyes y en la práctica y observancia de los Tribunales. Empieza basándose en su propia experiencia personal como letrado en la Corte durante treinta y dos años en los que no ha conocido una reconvención formulada en vía ejecutiva, entendiendo que la falta de utilización indica su no utilidad. Se basa a continuación en la ley 1.21.4. de La Nueva Recopilación, en la que con carácter imperativo se dispone que no puedan ser admitidas en las ejecuciones más excepciones que las tasadas en la propia disposición, en las que no se menciona la reconvención y mutua petición. Pero además especifica que la reconvención "no es excepción, porque su fuerza es relativa a eludir o detener la acción a la que se dirige"; tampoco es defensa "porque esta supone defecto de acción en su origen, o hallarse enteramente extinguida". En consecuencia, si lo que el demandado propone es una excepción o defensa, no se está ante una reconvención, sino más bien ante una pura compensación; y si lo que el demandado propone es su interés por vía de la acción, no se le puede considerar excepción de las que admite la ley para los juicios ejecutivos. Ahora bien, si los requisitos esenciales para despachar la ejecución son los de ser líquida y probada la acción que en ellos se propone, lo mismo debe exigirse en la ejecución que pretende el demandado ejecutado por vía de reconvención, sin tener derecho a los diez días para probar que solo se conceden en los casos en que se formulan excepciones o defensas, pero no para una acción nueva que es lo que es en sí misma la reconvención.

En resumen, cabe admitir reconvención en el juicio ejecutivo, siempre que se reúnan estos dos requisitos:

²³⁷ Ob. Cit. Pág. 70 y ss.

- que la acción del demandante y la del demandado estén probadas con instrumento auténtico o con reconocimiento y confesión de las partes o sentencia pasada en cosa juzgadas, es decir, en título ejecutivo.

- que el objeto de ambas ejecuciones sean deudas en cantidad líquida.

En este caso, se despacharían las dos ejecuciones si se intentase la reconvención, aunque lo recomendable es que el demandado ejerciese su acción en forma de compensación o defensa, cual es la práctica seguida en todos los juicios ejecutivos.

Todo este enredo doctrinal sobre si cabe o no formular reconvención en los juicios ejecutivos, llega al mismo punto por dos caminos distintos: **el ejecutado sí puede presentar reconvención o mutua petición en el curso de la ejecución contra él formulada**. Una parte de la doctrina (la más tradicional) lo entiende como un derecho general e inamovible de toda persona que es demandada ante la justicia encuadrándolo dentro de las excepciones u oposiciones que el demandado ejecutado puede hacer a la petición y despacho de ejecución; por el contrario, la doctrina más evolucionada, empieza por advertir que las excepciones que se permiten en el juicio de ejecución están tasadas, son *numerus clausus*, y que la reconvención, por su propia definición procesal, no puede ser considerada una oposición a la ejecución. Pero no niegan la posibilidad de que el demandado pueda accionar contra el ejecutante una petición de deuda, siempre que se base en instrumento y que sea líquida, aunque entiende que se debería hablar más de compensación que de reconvención.

Dentro de esta línea discursiva (no se está hablando de la reconvención con carácter de facultad que se concede al demandado en el juicio declarativo plenario ordinario), no se puede acoger al plazo de veinte días que permite la ley 1.5.4. de la N.R.; únicamente dispondría de los tres días que señala la ley 19.21.4. para alegar excepción legítima en los juicios ejecutivos,

retrayendo así la reconvencción ejecutiva al propio marco procesal de la ejecución, sin que se la pueda considerar una excepción del juicio ejecutivo.

Consecuencia de este planeamiento de admisión de la reconvencción en vía ejecutiva sería el resultado subsidiario en cuanto a que si la demanda reconvenccional excede de los propios límites de la ejecución, queda prorrogada la jurisdicción del Juez que conoce de ella para resolver la reclamación en el correspondiente juicio ordinario. Parece que repugna a los autores porque implica una sumisión del demandante-ejecutante a la jurisdicción del Juez que en principio estaba fijada para el demandado. Se basa este criterio en los siguientes supuestos:

1º.- La reconvencción formulada en un juicio ejecutivo, aunque su naturaleza sea la misma que la del juicio ordinario, debe introducirse en el curso del juicio ejecutivo, sujetándose a los trámites breves que establecen las leyes, porque sería absurdo que si la reconvencción se formula en el curso de un proceso ejecutivo sumario, se tenga que tramitar como la formulada en el juicio ordinario, y sobre todo, porque esta diversificación en el trámite jugaría en perjuicio de los derechos del ejecutante que vería así demorados sus derechos legítimos.

2º.- Si la reconvencción no se puede probar en los diez días que fija la ley, hay que seguir con la ejecución adelante; una vez terminado el juicio ejecutivo, seguirá la reconvencción su trámite separadamente, como una demanda desgajada del pleito en el que se presenta con prórroga de la jurisdicción del juez que conoció de la ejecución. Se sujeta así el actor al fuero del demandado perdiendo el suyo. Aunque en este caso hay que valorar que los dos juicios no acabarían en la misma sentencia que es la finalidad y motivo de la reconvencción.

3º.- En las causas sumarias. Cabe reconvenir en aquellas causas que tengan carácter de sumarias en principio. Pero se viene a plantear el mismo problema que en los juicios ejecutivos; si la reconvencción no puede ser conocida como sumaria, entonces se prorrogaría la jurisdicción

del juez que conoce de la causa inicial y la reconvención se resolvería en sentencia aparte, aunque a la doctrina más avanzada le repugna este efecto de prorrogar la jurisdicción del juez, siempre que no haya de seguirse y decidirse en la demanda principal.²³⁸

4º.- ~~En las causas posesorias.~~ Los juicios posesorios, también llamados **interdictales** que permiten conseguir, retener o conservar la posesión de cualquier bien. En el caso de interdicto de recuperar o recobrar la posesión, si el despojador reconviene por otra acción igual, se debe admitir la reconvención, cuando el despojo sea de otra cosa, no de la misma, y ambas causas se seguirán y decidirán a un tiempo. En la Ley 5.10.3. de **Las Partidas**, se regula que si el demandado alegare "despojamiento" o fuerza en sus bienes, en razón de reconvención y de demanda, debe oír el juez y librar en un juicio ambas demandas; es más, continúa refiriéndose a la posibilidad de que en una reclamación de deuda, el demandado reconenga con una acción de despojo: en estos casos debe conocerse y resolverse primero el sumario posesorio, previo a la demanda inicial, "porque la fuerza nace de gran codicia y de gran soberbia"; una vez resuelta esta cuestión, el demandado debe responder a la demanda por la que fue emplazado. Se está dando así prioridad a la cuestión que debe decidir sobre el despojo, aunque se haya planteado como una nueva demanda, por lo que se puede entender como **artículo de previo y especial pronunciamiento** dentro del pleito principal. No puede, en cambio, admitirse la reconvención contra el despojador si quiere reconvenirle sobre el petitorio sobre la misma cosa, antes de que la restituya. Se reserva al despojador y a tercero el derecho para intentar la reivindicación en otro juicio. Tampoco tiene obligación el despojado de contestar a la reconvención en el interdicto de retener sobre la misma cosa que le hace el despojador, pues aunque ambas causas son sumarias en si desde el punto de vista procesal, la de despojo es privilegiada sobre cualquier otra.

²³⁸ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 111; nota de "Febrero Reformado".

Igualmente, el que ha sido despojado de la posesión no tiene obligación de contestar a la reconvención del demandado cuando él mismo haya planteado el interdicto de recobrar, aunque el objeto de la reconvención sea el mismo, porque aunque nos movemos en causas igualmente sumarias, la iniciada por el despojo tiene carácter de privilegio. Si cabe la reconvención en el interdicto de recobrar, cuando es el tercero poseedor el que la plantea en el mismo procedimiento por ser inquietado en la posesión por el despojado, y los hará frente al despojador, tramitándose ambas causas, la principal y la de tercería, conjuntamente por tratarse de causas sumarias.

En los casos en que se plantea la reconvención con contenido posesorio en el curso de una acción real o personal, se seguirán las dos causas a un tiempo por el carácter de reciprocidad y por no excluirse mutuamente.

Hay que tener en cuenta, que los pleitos sobre posesión y propiedad, o lo que es lo mismo, las acciones reivindicatorias o posesorias, son en principio acumulables, y pueden fallarse en una misma sentencia en la que el juez se pronunciará primero sobre lo posesorio y después sobre el petitorio, por ser primer sumario y segundo ordinario; en los asuntos en que en el fondo confluyen posesión y propiedad, cabe la acumulación pues las acciones no son contrarias entre sí. Si por el contrario, en una contienda de este tipo (posesión-propiedad), aparece un tercero que reclama la cosa sobre la que se contiene, por decir que se la tomaron por la fuerza siendo el poseedor, ha de ser oída en primer lugar y ser librada según derecho.²³⁹

"ambos remedios posesorio y petitorio se pueden tratar en un juicio y ante un mismo juez, sea ordinario o delegado, el cual debe oír a en-rambos litigantes, recibir a prueba sus pretensiones, y determinarlas en una propia sentencia para evitarles muchas expensas, y porque cuando quiere hacer probanzas se les deben admitir, como

²³⁹TAPIA, Ob. Cit. Pág. 114.

así mismo para que no se divida su continencia si se proponen a un propio tiempo. Más esto procede cuando actor y reo son de un mismo fuero, pues siendo de diverso no puede ser".²⁴⁰

Una vez que se ha planteado demanda reivindicando la propiedad, se puede cambiar la reclamación de una posesoria, pese a que las demandas en principio no se pueden cambiar, porque en estos casos se considera que se están enmendando y no cambiando, resolviéndose primero sobre la posesión, restituyéndose al despojado hasta que se resuelva sobre la propiedad y el dominio; aunque toda esta modificación en el curso del pleito solo se puede hacer previa a su conclusión para sentencia. Esta situación de privilegio en la alteración de la causa de pedir respecto de las reclamaciones posesorias, está dentro de la línea de influencia germánica en el derecho privado, en el que la posesión aparece como un derecho tan protegido como el de propiedad, produciéndose a veces colisiones en los dos ámbitos jurídicos, en las que se confunden las propiedades; así, ante el planteamiento procesal mutuo y simultáneo de dos reclamaciones, una para reivindicar la propiedad y otra para evitar el perjuicio del despojo de una posesión siempre referida a la misma cosa, se ha de resolver primero la cuestión planteadas sobre la posesión, porque se ventila en un procedimiento sumario en el que no pueden interferir los trámites propios del juicio ordinario, y porque el resultado de este procedimiento no llega a tener valor de cosa juzgada, por lo que puede verse alterado por la decisión que se tome en el pleito sobre propiedad. Puede hablarse por lo tanto de una entrega de la posesión con carácter provisional en tanto se resuelva la cuestión principal.

5.9.2. LA COMPENSACIÓN.

²⁴⁰ Ibidem.

La compensación es una institución propia del derecho privado que se ha visto trasplantada al plano procesal. Supone esencialmente una **mutua relación de acreedor/deudor sobre cantidades líquidas o bienes fungibles que sean equivalentes**. Las Partidas, cuando se refieren a la compensación, no lo hacen en la Partida Tres, sino en la Partida Cinco: "Compensación es otra manera de pagamiento, porque se desata la obligación de la deuda que un hombre debe a otro".²⁴¹

Desde la óptica procesal, supone la compensación una "mutual condonación del crédito y el débito entre sí, o un descuento y modo de satisfacción,"²⁴² que equivale a la paga real, extinguiendo la acción del acreedor desde el momento en que el deudor adquiere otra contra él,²⁴³ con lo que el demandado pretende enervar y anular los efectos de la demanda que le puso el actor.²⁴⁴ Esta figura procesal está basada en el concepto de equidad, para evitar pleitos superfluos, para que se haga de una vez lo que se estaría haciendo en varios tiempos,²⁴⁵ por lo que no cabría esperar a que la compensación se proponga como excepción, ya que su alegación va dirigida a poner en conocimiento del juez los respectivos créditos que inducen a la compensación, explicándole la intención de compensarlos; intención que se presume por su **utilidad**, y que es una consecuencia de la unión de los créditos.²⁴⁶

"por todo ello los jueces deben admitirla [la

²⁴¹P.P. 20.14.5.

²⁴²TAPIA, Ob. Cit. Pág. 85.

²⁴³CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 50.

²⁴⁴TAPIA, Ibidem.

²⁴⁵TAPIA, Ob. Cit. Pág. 86.

²⁴⁶CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 51.

compensación] siempre que no se viole ninguna de las pocas leyes nuestras que hablan de ella, ni hay ningún motivo poderoso que se oponga a su admisión".²⁴⁷

A) Requisitos de la compensación.

1º.- Que el débito sea compensable. Aunque el demandado reclame mayor cantidad que la que le reclama a él el demandante, la compensación sólo puede hacerse por la cantidad reclamada en la demanda, pues al no ser la compensación una reconvencción, no cabe la prórroga de la jurisdicción por la diferencia.

No son compensables los intereses o usuras en los que exceda del capital.

2º.- Que la obligación sea válida. En principio cabe la compensación en todas las acciones, reales, personales o mixtas, en los contratos en general, de buena fe o de derecho estricto. No tiene por tanto lugar la compensación en el contrato de depósito, ya que se violaría la confianza y buena fe que debe prevalecer en este negocio; lo mismo que en el contrato de comodato. La limitación de la compensación se extiende a los créditos pertenecientes al Fisco por razón de alcabalas, derechos y contribuciones reales. En el mismo sentido se debe entender la limitación impuesta a los bienes comunes o de concejo.

Por el contrario, sí son compensables las reclamaciones sobre alimentos ya vencidos, porque una vez socorrido el alimentario, cesa la razón que los justifica. La compensación en el contrato de ejecución de obra, está limitada a que se haga en el lugar elegido por la parte contratante. Sí son compensables los delitos por injurias cuando son de una misma especie, siempre que se ejercite la acción civilmente.

²⁴⁷ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 100.

3º.- La cantidad objeto de la reclamación y de la compensación debe ser líquida o poderse liquidar en poco tiempo. Lo debido respectivamente debe ser de la misma materia, y susceptible de ser medido o pesado, no pudiéndose compensar deudas en dinero y especie o en distintas especies, por no poderse obligar a alguien a recibir en paga algo que no está pactado o que no se desea.²⁴⁸ Incluso en objetos de la misma especie, el valor y la estimación ha de ser el mismo. Sí se puede admitir la compensación entre cantidad líquida y el valor de la cosa en especie que se ha perdido o dañado por responsabilidad del propio acreedor, condenándole al pago de intereses.

4º.- Capacidad del que alega la compensación para presentarla. Puede ser admitida la compensación, no sólo al deudor principal, sino también al cesionario, porque se extingue la acción directa desde el momento en que su deudor se hizo acreedor contra el que lo era antes. Lo mismo ocurre con el fiador del deudor, en el caso de que le reclame el acreedor de su principal por haber caducado la acción a causa del pago efectuado.

B) Tiempo y forma para proponer la compensación.

La compensación ha de hacerse a petición de parte y nunca de oficio, salvo en los casos en que la compensación se hace "ipso iure"; en estos casos el juez debe declararla hecha total o parcialmente, según sea la deuda y lo que pretenda compensarse.²⁴⁹ Puede plantearse ante el propio juez que conoce de la causa en primera instancia durante todo el curso procesal, e incluso ante el del órgano que conoce en segunda instancia, incluso después de dada la sentencia, y cuando las causas sean ejecutorias. El fundamento de esta posibilidad tan amplia es el considerar la compensación, no como una excepción dilatoria de las que solo se pueden interponer en la fase

²⁴⁸ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 55.

²⁴⁹ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 96.

alegatoria, sino una pura defensa con efectos de paga; y ya que ésta se puede plantear en cualquier momento del pleito, y en cualquier instancia de la reclamación, procede interponer la compensación, porque extingue la acción del acreedor, consecuencia que no tienen las excepciones procesales que dejan en vigor la acción, solamente deteniendo sus efectos.

C) Consecuencias de la compensación.

Si el deudor hubiese pagado a su acreedor, y por error o ignorancia no hubiese planteado la compensación, se le reserva una condición especial que supone extinguida la deuda. En los juicios ejecutivos tiene el mismo valor que la excepción de verdadera paga.

5.10. ESCRITOS DE RÉPLICA Y DÚPLICA Y SEGUNDAS ALEGACIONES.

La dialéctica procesal está iniciada: el demandado ha respondido al actor a lo que le pide en su demanda, incluso le ha reconvenido con otra petición; la ha podido excepcionar sin entrar en el fondo, o bien excepcionar y contestar. De estos argumentos se ha de instruir al demandante para que pueda alegar lo que piense que es oportuno. Y a su vez, de lo que diga el demandante se ha de dar traslado al demandado para que se instruya de lo que se le contesta, y pueda a su vez alegar y decir. Se está en el momento procesal de las **segundas alegaciones** también llamadas **escritos de réplica y dúplica**.

Aunque dentro de la estructura general del proceso, todavía estamos en el primer estadio o eslabón procesal, sin que se haya traspasado el nudo que da paso al siguiente y que sería la fase probatoria, estas son alegaciones específicas. Podrían encuadrarse dentro de las alegaciones genéricas de cualquiera de las partes en cualquier momento procesal, que se producen a estímulos de un traslado de peticiones de la parte contraria; formalmente no hay ningún motivo para valorar estas alegaciones desde ese plano concreto de los actos del proceso. Pero es indudable que tanto

la réplica como la dúplica contienen un matiz muy específico que configura su especial valor dentro del proceso: ambas alegaciones están dirigidas a fijar y concretar lo que las partes han pedido y contestado para cerrar esta conversación procesal y poder pasar al segundo momento, que es el de probar su contenido; o por el contrario, si se estima suficiente lo vertido procesalmente, pasar a resolver en sentencia, dándose el pleito por concluso en esta parte. Se trata por tanto de fijar el estado de la cuestión, ya que si el demandado alega cualquier hecho nuevo dirigido a anular la acción del demandante, el actor puede a su vez negarlo, e incluso alegar otra circunstancia que le quite toda su fuerza.²⁵⁰ dándose de nuevo traslado al demandado que a su vez podrá excepcionar. Generalmente la doctrina llama réplica a las alegaciones de la actor y dúplica a las del demandado, aunque en un momento avanzado se cuestiona esta segunda denominación y se prefiere la de contrarréplica.²⁵¹

A) Tiempo para interponer réplica y dúplica.

Desde el momento en que al demandante se le notifica la contestación del demandado, ya sea que éste excepcione solamente o que conteste y reconvenga, se abre el término para que a su vez **replique**, si es que le conviene y cabe. Si el demandado ha presentado defensiones o excepciones, tiene el actor seis días para "responder y satisfacer a las excepciones que el reo hubiere puesto, y para hacer otro pedimento por vía de replicación, si entendiere que le cumple, y para presentar las escrituras que acerca de ello tuviere".²⁵² En el caso de que el demandado haya puesto reconvención, tendrá el actor nueve días para responder a lo que en la demanda reconvencional se le pida; estos nueve días se contarán desde que le fue notificada la

²⁵⁰ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 85.

²⁵¹ Ibidem.

²⁵² N.R. 2.5.4.

reconvención. Al darse el correspondiente traslado al demandado de lo que el actor responde a sus excepciones o contesta a su demanda de reconvención, puede durante otros seis días responder con las alegaciones que crea necesarias.

B) Forma y contenido del escrito de réplica.

El escrito de réplica es una alegación que hace el demandante a lo que contesta el demandado a la demanda; en principio es un escrito de alegaciones tendente a fijar la cuestión litigiosa. Su única característica específica frente a una alegación con carácter general es el matiz de respuesta a los que el demandado ha alegado en su contestación a la demanda, haya o no excepcionado. Por lo tanto, lo que se vierta en un escrito de réplica debe estar en relación con lo alegado por la parte demandada en su escrito de respuesta a la demanda.

Forma de replicar en la práctica

Ocurría, que ante el traslado de la contestación del demandado al demandante, se le decía que podía alegar, pero a veces sin fijar término. Así en el pleito sobre arrendamiento seguido ante el Alcalde Ordinario de Villacastín, se le dio traslado del escrito del demandado contestando a la petición inicial a la parte instante el día 28 de Diciembre de 1750; el 15 de Enero de 1751 el actor presenta una petición para que se le concedan ocho días de mora para la formulación de alegaciones, ya que no puede responder porque tiene que irse fuera; se le conceden los días solicitados, y el día del vencimiento del término, presenta su escrito de réplica o segunda alegación. Dice que se le ha dado traslado del poder de administrar y pedimento contrario, y sin perjuicio y **para responder más en forma** pide que la otra parte jure y declare, **sin perjuicio de la prueba** a las posiciones que numeradas se formulan en el mismo escrito; para concluir pidiendo el juramento y declaración del demandado. Así se acuerda por el juez, y una vez efectuada la declaración por el demandado, **vuelve la actora a presentar alegaciones**, en base

a la propia declaración de la contraria, diciendo que "en justicia se ha de servir ampararme y mantenerme en la posesión y cultivo de dichas tierras", para lo que formula las alegaciones correspondientes, numeradas y separadas según las respuestas que la parte contraria ha dado en su declaración. Alega la posesión de años y lo que eso implica de derecho preferente; manifiesta que se allana a pagar la renta y a hacer las escrituras de arrendamiento que se le reclaman; opone a lo que la contraria ha dicho, la falta del requisito formal del desahucio antes de San Martín. Propone que se despoje a la contraria y se la condene por el hecho de haber entrado en las tierras, por lo que propone que se forme artículo de previo y especial pronunciamiento. En un otrosí, pide que en tanto se falla en pleito, se le dé la posesión de las tierras, comprometiéndose a asegurar la renta mediante la prestación de una fianza.²⁵³

Aunque es un pleito no complicado desde el punto de vista procesal, que se plantea y resuelve ante un Alcalde Ordinario, incluso las partes comparecen por sí mismas sin asistencia de Procurador, la dirección jurídica es muy correcta: a la contestación que hace el demandado a la petición inicial replica la actora. Pero para poder hacerlo correctamente, con carácter previo, solicita que el demandado declare con juramento a unas precisiones; una vez que se ha tomado la declaración bajo juramento, replica correctamente alguna de las cuestiones. Es un escrito con un buen planeamiento jurídico, que no se ciñe sólo a los hechos y en el que se alegan postulados jurídicos, aunque no se mencionen las leyes en las que se basa para su argumentación; así se habla de posesión, allanamiento, pagar renta y hacer escrituras, requisitos formales del desahucio, artículo de previo pronunciamiento y fianza provisional. No se refieren a leyes, decretales ni fueros, como bien manda la ley 4.16.2. de la N.R., pero sí ciñen la cuestión de discutir la conclusión del pleito a su plano estrictamente jurídico. Si en la primera petición prácticamente

²⁵³ CHAN. VALL. P.A. 3782-3.

se exponen unos hechos: el arrendamiento por tiempo de las tierras, la entrada de la otra parte a labrarlas, pidiendo que se le mantenga en la situación anterior, ahora se alega la posesión como un derecho, se sitúa en el plano procesal proponiendo soluciones dentro de su ámbito: se allana a lo que la otra parte propone en su contestación, pero pide anticipadamente las tierras con la garantía de una fianza. Es además una respuesta a lo que el demandado le ha contestado: que no tiene derecho a labrar las tierras por la mera posesión y que ya se le ha requerido formalmente para que las deje. La dialéctica está servida **A** le pide a **B** las tierras que ha llevado en arrendamiento durante años y que le han sido ocupadas. **B** le contesta que no tiene derecho a pedírselas, que él mismo las puede labrar y que ya se le ha requerido formalmente. **A** le replica que la posesión por largo tiempo crea expectativas de derecho y es en sí misma un derecho preferente, que se compromete a hacer las formalidades que se le solicitan mediante escrituras, y que mientras se decide la cuestión, afianza para que le dejen labrar las tierras.

En otro pleito seguido ante el Alcalde Mayor de Segovia en 1753 sobre reclamación del importe aplazado de la venta de una casa,²⁵⁴ no se respetan los plazos dados a las partes para las alegaciones: la petición inicial es del día 2 de mayo; a ella le siguen diligencias por comisión para embargar bienes del demandado, que responde a la petición inicial y subsiguientes diligencias el 11 de noviembre; casi un año y mes después, el 10 de diciembre, la actora, a la que se le ha dado término de tres días, pide los autos para alegar y presentar escrito de segundas alegaciones (réplica) el día 18 de diciembre. En él, después de insistir en lo pedido inicialmente, hace en párrafos separados y numerados, alegaciones en las que exige el pago de la deuda, como líquida, cierta y justificada, se rechaza un recibo aportado por la parte contraria, ante un escribiente de hecho, que no produce acción, y por tanto no tiene efectos en juicio sin previo reconocimiento,

²⁵⁴ A.H.P.S. J-1235/5.

se hace mención a la ejecución de otro Tribunal y la repetición de la deuda. Teniendo en cuenta que nos encontramos con un pleito de carácter mixto, ejecutivo y declarativo, estas alegaciones hay que encuadrarlas dentro del marco declarativo, aunque se estén valorando actuaciones cautelares ejecutivas. Así, predomina la exigibilidad del pago de la deuda, desvirtuando lo que la otra parte había opuesto a lo pedido y documento aportado. No contiene ninguna mención a disposición jurídica, o principio doctrinal, pero si está correctamente argumentado desde el punto de vista jurídico sin que se limite a simple narración de los hechos.

En el pleito de Tenuta planteado en la Sala de Mil y Quinientas del Consejo de Castilla en 1750,²⁵⁵ uno de los codemandados contesta a la demanda, mientras el otro intenta conseguir el traslado de los autos para instruirse sin pagar derechos al escribano por considerar que litiga por pobre. La contestación a la demanda tiene traslado el día 7 de Junio, mientras que este escrito de **réplica** es del día 21 de Agosto. Es un escrito de alegaciones, excesivamente largo y mal estructurado, y únicamente viene a pedir que se le tenga por presentado, y en su virtud, determinar según en el mismo se pide. Comienza por insistir en sus alegaciones iniciales, para después, negar los argumentos que hace la demanda en su contestación, incluso invalidando el contenido de los instrumentos que aporta. Es un escrito de segundas alegaciones, del demandante. Los pleitos que se tramitaban en Chancillería en primera instancia no resultaban tan estrictos con los plazos como los tramitados ante los Alcaldes; la lentitud que afectaba a estos Tribunales desde la segunda mitad del siglo XVIII se reflejaba también en las reclamaciones que se hacían directamente por las partes en asuntos que no eran recursos. Así, en la reclamación presentada por **caso de Corte** en 1757,²⁵⁶ en la que se reclamaba a su hijo alimentos, contesta el

²⁵⁵ A.H.N. Consejos. Escribanía de Grados. Pleitos. Legajo 26.967

²⁵⁶ CHAN. VALL. P.A. 2987-2.

demandado a la demanda, y en la notificación que se le hace a su Procurador, dice que se da por notificado, y que lo que se alega es incierto, con protesta de responder dentro de la prueba. Esta manifestación no es normal en el momento de la notificación, pero aquí la parte demandada está **anunciando** su oposición a la contestación a la demanda. La explicación habría que buscarla en la práctica procesal de anunciar el recurso para luego formalizarlo, práctica que el Procurador extrapola del trámite de la segunda instancia a la de un proceso que es ordinario aunque esté planteado ante la Chancillería de Valladolid. A continuación se pide por la actora que se reciba el pleito a prueba y así se acuerda; se suplica de esta resolución, y un mes después la propia parte actora, reitera la solicitud de proposición de prueba y formula alegaciones: estas alegaciones, con verdadero carácter de segundas alegaciones, replican a la parte contraria y reafirman las primeras, se hacen sobre el fondo; desde el punto de vista procesal, se opone a lo dicho por la parte contraria, insistiendo que la demanda reúne todos los requisitos, basándose en el **orden de los juicios**.

En resumen, los escritos de réplica, aunque su verdadera justificación en el pleito, era la de negar lo que el demandado hubiera opuesto en su contestación a la demanda, en ellos se vertían todo tipo de argumentaciones, casi todas de hecho sobre el fondo del asunto planteado, y algunas procesales. Siguen apareciendo pocas referencias a disposiciones legales, y pocas veces se sigue el esquema lógico de argumentar cada negación correspondiendo con lo que la parte contraria alegado.

C) Forma y contenido de los escritos de dúplica.

Así como los escritos de **réplica** para su equiparación con las alegaciones deben contener dos aspectos fundamentales para que se les considere como tales, que son responder a lo que el demandado ha contestado en su demanda y fijar la cuestión litigiosa desde el punto de vista del

demandante; los escritos de **dúplica** a su vez deberán responder a lo de contrario alegado, como respuesta a sus propias alegaciones, y fijar la cuestión que se debate desde la óptica del demandado.

Veamos como se desarrollaba en la práctica el trámite de la dúplica.

En el mismo pleito que se ha visto sobre desahucio seguido ante el Alcalde Ordinario de Villacastín,²⁵⁷ se da traslado al demandado de las segundas alegaciones que formula la actora y "cuando que dijeron o no, se traigan los autos" el 23 de febrero, sin plazo para decir. El día 10 de marzo, la parte demandada presenta escrito de segundas alegaciones o **dúplica**. Refiere que está "usando del traslado de lo que dice la contraria", negando su petición, y haciendo nueve alegaciones distintas en párrafos numerados y separados: alega la propiedad de las tierras y la libertad de desahuciar y labrar; rebate el argumento de la contraria de que el desahucio no se hizo en tiempo y forma, y que el desahucio no es un requisito necesario pues no había contrato y que según la ley se ha de hacer constar a los arrendatarios el vencimiento del término. Siendo objeto del desahucio la reconducción, según legales principios, alega defecto del título y mala fe, finalizando con la manifestación de que todo lo dicho está probado con los instrumentos aportados. Es ciertamente un escrito de dúplica ya que contesta a lo alegado por el demandante (falta de requisitos en el desahucio y no legitimación de la parte que actúa como apoderado del propietario) y fija los términos de la contienda: la falta de título de la actora y la reconducción del arrendamiento. Con una buena redacción lógica y técnica, es ciertamente un escrito de contenido jurídico, aunque sólo se haga mención genérica a leyes y principios legales, sin especificación concreta de los que se refieren. El juez acuerda unir este escrito a los autos, y con citación de la parte contraria que se una un testimonio que se pide (del desahucio y

²⁵⁷ CHAN. VALL. P.A. 3782-3.

requerimiento); una vez efectuado, que se traigan los autos, con lo que está excluyendo la posibilidad de nuevas alegaciones, pero sí que el demandante conozca su contenido.

Este riguroso y sensato orden procesal seguido ante el Alcalde Ordinario de Villacastín, no tiene correspondencia con el pleito que se tramita en Segovia hacia la misma época sobre reclamación del cumplimiento de una obligación.²⁵⁸ Se ha visto que el demandante presenta ya con retraso las segundas alegaciones; de este escrito se da traslado a la parte contraria, y a los tres meses recuerda que no sólo no ha contestado, sino que no ha tomado los autos; a los cinco días por fin pide que se le entreguen los autos, y así se acuerda para que alegue. Las segundas alegaciones del demandado dilatan el pleito cuatro meses. Es un buen escrito de alegación jurídica y procesal, técnico y bien estructurado, en el que se pide, con carácter previo que se acumulen al pleito ejecutivo y declarativo, dejando sin efecto la vía ejecutiva para determinar en la ordinaria, o declarativa. Siguen hasta once alegaciones separadas y numeradas, en las que se hace mención a la preferencia de la vía ordinaria sobre la ejecutiva "según buena Jurisprudencia y práctica", creando litispendencia el declarativo sobre el ejecutivo. Una vez hechas estas manifestaciones procesales, pasa a argumentar que tiene satisfecho el pago; se hace mención a la adquisición hereditaria de la casa por parte del vendedor, así como la existencia de un censo sobre el inmueble. En este acto dice hacer consignación del resto de la cantidad que figura como precio de la venta de la casa, (no figura en las actuaciones la constancia de este depósito, aunque en otro momento del pleito, cuando ya se ha apelado, la actora pide que se le haga entrega de esta cantidad depositada, más de un año después).

Es desde luego un completo escrito de alegaciones en duplica, en el que se incide de forma especial en la cuestión de la acumulación de autos y se insiste en las cantidades ya

²⁵⁸ A.H.P.S. J-1235/5.

pagadas, considerando bastantes las justificaciones presentadas al contestar a la demanda, aunque la actora las rechaza en su escrito de réplica. Aparece una decisión de consignar la diferencia líquida entre lo que ha pagado y el montante total de la deuda, con lo que está fijando la cantidad que se le puede reclamar.

D) La cuestión de la limitación de los escritos de alegaciones.

Después de la replicación y duplicación no permite más alegatos el derecho real, sino que habiendo llegado al cuarto escrito, se da el pleito por concluido y se manda recibir a prueba.²⁵⁹ Las Leyes han creído que basta la réplica y la contrarréplica para que las partes aleguen todas las cuestiones que les favorezcan, y para fijar el estado de la cuestión.²⁶⁰

Llegar a este punto, que se controle el número de escritos de alegaciones que presentan las partes por disposición real, no resulta sencillo. Como en muchos casos, se produce la norma para solucionar o evitar una situación existente; situación que en el momento procesal que nos ocupa no debía ser muy frecuente y consolidada; aunque el fluir de escritos de alegaciones antes de la fase probatoria debía haber sido abundante dadas las quejas en general que esta situación había provocado. El carteo de las partes en contienda, utilizando al juez como intermediario, podía hacerse infinito sin que se llegase a soluciones ni resultados. El problema de dilaciones y perjuicios estaba motivado indudablemente por el abuso profesional de los letrados que aumentaban sus beneficios proporcionalmente al número de alegaciones que presentaban en el Tribunal, y lo mismo ocurría con su prestigio profesional. Ello unido a una práctica viciada y consolidada, venía a provocar situaciones dilatorias indebidas, que el juez no quería o no podía controlar. A este respecto es muy expresivo lo que nos dice el **Conde de la Cañada**:

²⁵⁹ SALA, Ob. Cit. Pág. 214.

²⁶⁰ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 85.

"Nunca pierden las leyes de vista el interesante punto de abreviar la decisión de los pleitos, pero rara vez se conforman las partes con este loable deseo: porque interesándose en la retención de lo que poseen y gozan, resisten por todos los medios posibles llegar a la decisión final, aún cuando conciben su buena causa y derecho, y con mayor razón si desconfían de su vencimiento. Los procuradores y abogados suelen también ayudar a los litigantes en estas dilaciones repitiendo alegaciones officiosas, y llenándolas de discursos legales: porque en uno y otro hallan su propio interés, y acaso mayor que el que espera lograr el principio litigante."²⁶¹

Los legisladores que tomaron mayor conciencia de este problema fueron Los Reyes Católicos, que en las Ordenanzas que dan en Alcalá en 1503, intentan controlar la situación en dos de sus capítulos:

- en el capítulo 5, en forma de pragmática, mandan, que para evitar dilaciones en los pleitos, el pleito ha de ser tenido por concluso con dos escritos presentados por las partes, aunque las partes no concluyan expresamente, ya sea para la resolución interlocutoria que recibe el pleito a prueba, o para sentencia definitiva.

Es tajante, concreta y sin explicaciones o exposiciones de motivos que justifiquen su promulgación. No solo es importante que se limite el número de escritos que cada parte puede presentar a dos, sino que el Juez tendrá el pleito por concluso para prueba, aunque las partes no presenten sus conclusiones ni pidan que el juez se pronuncie en este sentido. De esta forma, además de limitar la capacidad infinita de las partes para presentar alegaciones, está disponiendo que los jueces den el paso procesal subsiguiente que coloca el pleito en la fase probatoria. Es un matiz de **impulso procesal** poco frecuente en el derecho común,²⁶² que en cualquier caso tiene que actuar como control de las partes, control que tiene que partir del juez o Tribunal, no de una

²⁶¹ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 77.

²⁶² Las Partidas nada dicen al respecto sobre la limitación de escritos a presentar por las partes antes de que el pleito esté recibido a prueba.

petición de parte, sino ex officio.²⁶³

- En el capítulo 12 de las mismas Ordenanzas, en el que se regula la réplica y la dúplica, se explicita, que el demandado tiene seis días para responder a la replicación del actor y presentar las escrituras que tuviere para probar: a partir de este momento se excluye la posibilidad de presentar escrituras, salvo que jure que no ha tenido conocimientos antes de ellas, "y dende en adelante no reciban otras peticiones: y con esto sea habido el pleito por concluso, sin otro auto de conclusión".²⁶⁴

Estas leyes nacen del conocimiento y de la experiencia de los perjuicios que suponían en general. Para evitarlos disponen que no se presenten más de dos escritos hasta la conclusión del pleito, que en el caso de que se presentasen no fuesen recibidos, y si fuesen recibidos, indebidamente, no se tengan en cuenta, no haciendo prueba lo que se quisiese probar sobre su contenido. El contenido de los escritos está limitado a los hechos de que nace el derecho que se pretende. Así, con dos escritos por cada parte, ha de ser tenido el pleito por concluso en cuando a lo que cada parte alega.²⁶⁵ La limitación se hace extensiva a los casos en que se litiga conjuntamente, evitando que los procuradores dupliquen los escritos de alegaciones, para evitar las inútiles y repetitivas. Una vez que el demandado ha presentado su último escrito, la dúplica, se da traslado al actor para que se instruya de su contenido, nunca para que a su vista alegue lo

²⁶³ N.R. 9.6.4.

²⁶⁴ N.R. 2.5.4.

La referencia en este momento del pleito a la conclusión y al auto de conclusión, no se encuadra en las conclusiones finales, previas a la sentencia y que se basan en un resumen de lo alegado y probado; esta **conclusión** se refiere a la finalización del período de alegaciones: es el cierre de una fase procesal, a partir del cual ya no es posible retroceder, simplemente se pasa a la fase siguiente.

²⁶⁵ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 77.

que a su derecho le sea conveniente, únicamente puede concluir, sin más alegar ni decir.²⁶⁶ Esta es la práctica habitual, sobre todo en los Tribunales Superiores, Consejo, Chancillerías y Audiencias. Si la parte no pide esta conclusión, será el juez, de oficio, quien tenga por concluso el pleito en cuanto a las alegaciones que cabe a las partes formular.

Para la doctrina no está muy claro si los dos escritos presentados por cada parte suponen en sí mismos una conclusión del pleito o esta debe estar pedida expresamente. **Paz** considera que del segundo escrito que presenta el demandado (la dúplica) no cabe traslado a la parte contraria, ni siquiera para que se instruya y conozca su contenido, pudiendo en consecuencia pedir la conclusión para prueba o sentencia; para este autor, una vez que se ha presentado el cuarto escrito, queda el pleito concluso sin necesidad de otro acto de conclusión ni declaración judicial, ya que dicha conclusión viene impuesta por la propia ley.²⁶⁷ En el mismo sentido se pronuncia **Hevia y Bolaños**,²⁶⁸ de acuerdo en que con los dos escritos de cada parte, se tenga el pleito por concluso sin más acto de conclusión, aunque ninguna de las dos partes pida, y teniendo en cuenta que este efecto sólo se refiere al recibimiento a prueba del pleito, no a la conclusión para sentencia definitiva.

Con anterioridad a las dos leyes dadas por los **Reyes Católicos**. en Alcalá, son bastante concisas a lo regulado, hay una disposición dada por Juan I en 1387, ratificada también por Fernando e Isabel en Madrigal en 1476,²⁶⁹ que pone con mucha claridad en antecedentes los daños que se producían por el exceso y la largura de escritos alegatorios. Va dirigida a la

²⁶⁶ N.R. 4.16.2.

²⁶⁷ Citado por CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 78.

²⁶⁸ CURIA FILIPICA, Pág. 76.

²⁶⁹ N.R.4.16.2.

actividad de letrados y procuradores, admitiéndose que se actúa por malicia y para alargar los pleitos, llevando así mayores salarios de las partes,

"hacen muchos escritos luengos, **en que no dicen cosa de nuevo**, salvo replicar por menudo, dos o tres, y cuatro, y aún seis veces lo que han dicho, y está ya puesto en el proceso; y aún disputan alegando leyes y decretales, y partidas y fueros, porque los procesos se hagan luengos. [...], y todo lo que hacen es escribir en los procesos, **donde solamente se puede poner simplemente el hecho del nace el derecho**. [...] Otrosí defendemos que en el proceso no disputen los abogados, ni los procuradores, ni las partes principales, más cada una simplemente ponga el hecho en encerradas razones".

De su exposición de motivos se puede deducir cual era la práctica ante los tribunales castellanos: abundancia de escritos largos, reiterativos e inútiles. Cuando el **Conde de la Cañada** analiza este aspecto de la viciada práctica letrada, trescientos años después, parece que en la práctica estaba corregido, según se ha podido comprobar en los pleitos analizados, salvo casos puntuales, se observa una cierta prudencia a la hora de alegar lo que llama poderosamente la atención, es la vaciedad de contenido jurídico que se destilaba en los pleitos en general; en las resoluciones judiciales, escuetas y de plano en la mayoría de las peticiones, y en las peticiones y alegaciones de las partes, en las que es infrecuente encontrar referencias jurídicas, ya sean leyes, doctrina o jurisprudencia,²⁷⁰ únicamente tímidas referencias a leyes Reales, fundamentalmente de las de Toro, o principios de Derecho Común. Partía de este cuerpo jurídico la situación, que dejaba libre al arbitrio de las partes la producción de escritos de alegaciones, y

²⁷⁰ La jurisprudencia, como se entiende hoy, no tenía el mismo significado. primero porque era difícil deducir actitudes de los jueces por la falta de motivación de las sentencias, y además, porque lo que se entendía por jurisprudencia tenía un concepto más amplio, como toda actividad derivada del ejercicio o estudio del derecho.

según Paz,²⁷¹ para contener los abusos y perjuicios que se derivaban de esta actitud, el Derecho Real corrigió el "licencioso abuso" reduciéndose los escritos de cada litigante a sólo dos.

En todo este juego de alegar lo alegado y de reiterar argumentos, se movía una actitud de fondo, generalizada y asumida como normal en la práctica. Actitud que tenía su origen en un motivo muy concreto: mejorar los ingresos, tanto de letrados, como de procuradores, y por supuesto de escribanos; ya se ha visto dentro de lo que era el funcionamiento de la Administración de Justicia el peso que tenía el hacer de los escribanos, que percibían sus salarios de las partes procesales, y el hecho de que los profesionales aumentaban sus ganancias según se alargasen y complicasen los asuntos. A esto hay que añadir el peso que la forma de trabajar de los juristas se aportaba a la hora de alegar; la influencia de los métodos de estudio y enseñanza del Derecho Común condicionó en gran medida la tendencia de los letrados a alegar con desmesura

E) La conclusión como línea divisoria de dos fases procesales: las alegaciones y la prueba.

La consecuencia inmediata de los segundos escritos de alegaciones de las partes es **la conclusión del pleito para prueba**. Si la ley de Recopilación mencionada, dice que los escritos se pueden recibir "hasta la conclusión", hay que fijar en este momento procesal la línea divisoria entre las dos fases primeras del juicio: la alegatoria y la probatoria. No es un término predeterminado por la ley, sin carga expresa de quien lo tenga que fijar; se deja a los litigantes esta facultad.

Así, en el segundo escrito de alegaciones del demandante (réplica), después de fijar y reiterar su petición inicial, esta parte pide.

"Se haga, provea y determine como pedido llevo en justicia y [...] **concluyo para el**

²⁷¹ Citado por CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 78.

artículo de prueba".

Después de citar a las partes para la llevanza de los autos, el juez acuerda por Auto recibir el pleito a prueba.²⁷²

La parte está diciendo al juez, y por extensión a la contraria, que sus alegaciones **están concluidas**, no teniendo nada más que decir y pidiendo que el Juez reciba el pleito a prueba.

Desde luego, una vez que el demandado ha contestado a la réplica, se tiene el pleito por concluso, sin que haya que dictar auto de conclusión,²⁷³ ya que con cada dos escritos de las partes se entiende que el pleito está concluido, tanto para la sentencia interlocutoria de recibimiento a prueba, como para la sentencia definitiva, **aunque las partes no concluyan**.²⁷⁴

Pueden las partes recordar el órgano que ya han presentado las alegaciones que creen convenientes, y que consideran que los autos están concluidos para la prueba: "el pleito está concluso para prueba" y seguidamente resolverse sobre esta advertencia: "se recibe el pleito a prueba por veinte días".²⁷⁵ Esta forma supone, no una petición de la parte de recibir a prueba, sino la puesta en conocimiento del juzgador de que tiene el pleito por concluso.

De manera, que con dos escritos, o alegaciones de cada parte, se tiene el pleito por concluso para recibirlo a prueba.²⁷⁶son en realidad dos momentos procesales:

- se tiene el pleito por concluso.
- para recibirlo a prueba.

²⁷²CHAN. VALL. P.A. 2792-3.

²⁷³N.R. 2.5.4.

²⁷⁴HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 76. Recoge N.R. 9.6.4.

²⁷⁵CHAN. VALL. P.A. 2987-2.

²⁷⁶JORDAN DE ASSO, Ob. Cit. Pág. 291.

No se puede, por tanto confundir la conclusión de la fase de alegaciones, con el recibimiento del pleito a prueba. Conviene tener presente que una actuación no implica necesariamente la otra, ni que va implícito el recibimiento a prueba dentro de la propia conclusión. En principio, por algo tan obvio como el que no en todos los casos las partes pedían el recibimiento a prueba, sólo para los casos de que en la fase de alegaciones no hubieses quedado acreditados los términos de la contienda; en segundo lugar porque no se deja a voluntad de las partes el pedir la conclusión, sino que puede acordar el juez esta conclusión, una vez que ambas partes han presentado sus dos escritos de alegaciones, y desde este momento las partes han de pedir el recibimiento a prueba. Se diferencian, por tanto estos dos actos procesales, en que, mientras el recibimiento a prueba siempre han de pedirlo alguna de las partes, la conclusión, puede acordarla el Juez como un acto de impulso procesal. Se ha de concluir la causa (un momento procesal) para recibirla a prueba (otro momento procesal).²⁷⁷

En la realidad cotidiana de la práctica procesal, el auto o la sentencia interlocutoria que dicta el juez una vez que se ha presentado el último de los escritos de alegaciones, o ha pasado el plazo dado a alguna de las partes para que aleguen, contiene tanto la conclusión de las alegaciones como el recibimiento del pleito a prueba:

"el juez la ha por presentada, y la causa por conclusa para prueba, y recibe a las partes a prueba, con término de nueve días. Notifíquese a las partes".²⁷⁸

Desde otro plano de actuación del juez, hay que entender, que desde el momento en que ha presentado el último escrito de alegaciones

"se dice estar los autos por conclusos porque los litigantes han dicho y alegado ya cuanto tienen

²⁷⁷ MONTERROSO Y ALVARADO, Ob. Cit. fol. 11.

²⁷⁸ MUÑOZ, Ob. Cit. fol. 9.

que decir y alegar, pero como por lo regular no han probado todo lo que han dicho en sus escritos, provee el Juez un auto, en que manda se traigan los autos²⁷⁹ para ver si necesita pruebas o no".²⁸⁰

En esta explicación, que es tan práctica como la anterior, hay diferencias en los movimientos de juez: mientras en el primer texto, el juez en una misma decisión tiene el pleito por concluso y lo recibe a prueba, en el segundo parece deducirse otro recorrido procesal; primero el Juez tiene la causa por conclusa; cierra la posibilidad de hacer más alegaciones. Da otro paso pidiendo que se le traigan los autos a la vista, para poder estudiar, si con lo alegado tiene suficientes fundamentos para decidir la sentencia, y en el caso en que de lo alegado y acreditado no pueda decidir, acuerda por su voluntad recibir el pleito a prueba.

Se deduce:

- la conclusión y recibimiento a prueba son dos actuaciones distintas.
- puede el juez, para mejor resolver, y por no estar suficientemente claro lo alegado, acordar que el pleito se reciba a prueba, aunque las partes no lo hayan pedido.

Lo que no hay duda, es que desde la óptica procesal, aunque en la práctica se confundan las dos resoluciones, conclusión y recibiendo a prueba, son actuaciones procesales distintas, siendo una la que cierra la fase alegatoria con la exclusión de toda posibilidad de alegar, y la segunda la que inicia la fase probatoria.

²⁷⁹ En la mecánica de funcionamiento judicial, la Escribanía era la puerta de acceso al Juez para las partes; en la fase procesal en la que nos encontramos, el Escribano ha de dar cuenta al Juez, o bien de que ha transcurrido el término dado a la parte para que alegase, o bien de las peticiones presentas, y el Juez decidía: la forma de los autos es contundente" ante mí el Escribano, dijo". Si el Juez consideraba que necesitaba ver las actuaciones para tomar su decisión, ordenaba que se le trajesen los autos, que estaban en la Escribanía, en poder del Escribano, como oficial encargado de su confección y custodia.

²⁸⁰ SALA, Ob. Cit. Pág. 240.

La doctrina²⁸¹ considera la conclusión como parte integrante del proceso,²⁸² y de ahí que no pueda resolverse de oficio, ya que se estaría limitando la libertad de actuación y petición de las partes, porque sería "avivar los pleitos contra la intención de las partes, que pueden tener varias causas para terminarlos en cualquier estado, o tomar tiempo con alguna suspensión para atender a otros objetos más importantes continuándolos después con mayor comodidad"²⁸³

Al no estar determinado por la ley el término de la conclusión y al entender que se deja esta facultad a los litigantes, la no actuación puede suponer la paralización o aparcamiento del pleito. Para evitar estas situaciones, debe valorarse, que al dar traslado a la parte actora del segundo escrito presentado por el demandado, tiene el término **ordinario de seis días** para responder; y como a este traslado no cabe más respuesta que pedir la conclusión, y en su caso la prueba, debe entenderse que el demandante tiene seis días para pedir la conclusión. Para el demandado corre el mismo término desde que se le notifica el auto por el que el juez admite el segundo escrito del demandado, acordando dar el traslado al demandante. En el caso de morosidad, y en aplicación de lo dispuesto en la ley 4.16.2. N.R., para abreviar los pleitos, se les tendría por conclusos. Esto es lo que se observa en los Tribunales de la Corte, en los que no se tiene por concluso ningún pleito, sin que alguna de las partes concluya o incurra en contumacia.²⁸⁴

²⁸¹ No existe en Las Partidas ninguna mención a la conclusión en fase de alegaciones. En Los Apuntamientos de Berní y Catalá, al empezar a hablar de la prueba, hace una nota a pie de página que remite a las leyes de la Recopilación mencionadas. (nota al título XV de la Partida 3).

²⁸² CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 81.

²⁸³ Ibidem. No se comprende bien la intención del Conde de la Cañada, en otros momentos de su obra tan crítico con las prácticas abusivas permitidas por la costumbre, de la actuación ante Tribunales.

²⁸⁴ Ibidem. Concluye así el autor, intentando salvar las dos posiciones (libertad de las partes y brevedad de los pleitos), dándole valor a la negativa de la parte a responder al traslado como si de una afirmación se tratase.

La finalidad de este término es, por lo tanto, evitar la morosidad y malicia de las partes para dilatar el curso de los autos. Aunque es frecuente en la práctica, que las partes tomen dentro de este término los autos, pocas veces los devuelven dentro del término, sino que lo dilatan hasta que la parte contraria solicita que se le apremie, y aunque así se manda, solicitan nuevo término para hacerlo, alegando alguna causa justa que les haya impedido responder (no haber encontrado abogado, graves ocupaciones), en cuya consideración concede el juez nuevo término, aunque presuman malicia en las partes o procuradores, en evitación de que puedan recurrir si se les deniega nuevo término, lo que supondría mayores dilaciones. Además, con un criterio igualitario y de defensa, se piensa que negar esta posibilidad, es negar a alguien que ejercite el derecho a su defensa.²⁸⁵

En aquellos casos en que alguna de las partes no toma los autos para usar del traslado en el término de los seis días, es contumaz y puede ser acusada la rebeldía por la parte contraria, se tiene la causa por conclusa como si se hubiese respondido.

Termina así la fase llamada de alegaciones en los pleitos, en la que se plantean las cuestiones a debatir, y mediante el juego de contestaciones a lo dicho, se fijan y concretan las peticiones sobre las que tiene que fallar el Juez.

La conclusión técnica o procesal significa la imposibilidad de volver a alegar, según el principio de preclusividad de los términos procesales, cerrándose un primer bloque de actividad procesal que viene a dar paso a la segunda fase o fase de prueba, en la que la actividad de las partes está encaminada a demostrar al juzgador que lo que se ha dicho es cierto y debe ser tenido en cuenta.

²⁸⁵ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 85.

5.11.CAUCIONES DEL DEMANDADO.

Antes de cerrar la fase procesal de las alegaciones, se debe tener presente otros aspectos y situaciones que pueden plantearse por las partes.

El demandante puede pedir, después del emplazamiento, determinadas actuaciones del juez encaminadas a garantizar la presencia y respuesta del demandado dentro del proceso. En el tramo medieval de evolución del proceso, se hipertrofia el sistema de garantías personales del demandado, debido a las dificultades para que se reparen los daños derivados de una actuación dolosa.²⁸⁶ Desde el S. XV las fianzas procesales empiezan a decaer sobreviviendo únicamente en forma de cauciones.²⁸⁷ Cauciones que ha de acordar el juez a petición de parte y que adquieren un carácter residual, sólo para supuestos concretos, y en principio tasados. En **Las Partidas**,²⁸⁸ se regulan los casos en los que los bienes litigiosos deben ser puestos en manos de "fiel", con qué carácter y por cuanto tiempo. Hay que partir de la petición del demandante, una vez hecho el emplazamiento,²⁸⁹ y antes de que quede fijada la cuestión litigiosa, ya que son peticiones que deben atenderse con carácter previo, y que suponen poner en poder de un tercero las cosas sobre las que se va a pleitear.²⁹⁰

Aparece de este modo un **tercero**, ajeno a la contienda, que se le llama **fiel o fiador**. Lógicamente, para que una persona suponga una garantía debe reunir determinadas condiciones:

²⁸⁶ LALINDE ABADIA, Ob. Cit. Pág. 780

²⁸⁷ La detención como garantía de la presencia del demandado permanece solo en el proceso penal, quedando para el orden civil solo las garantías reales en forma de embargo y secuestro.

²⁸⁸ P.P. 1.9.3.

²⁸⁹ Aunque Las Partidas establecen que las garantías se solicitarán por el actor, después del emplazamiento, la petición podía ser anterior a este momento procesal, ya que la expresión es "después que los demandadores han hecho emplazar a los demandados", con lo que no se está exigiendo la práctica efectiva del emplazamiento.

²⁹⁰ SALA, Ob. Cit. Pág. 192.

responde con su persona y bienes, de ahí que debe ser persona de conocida honestidad personal, y estar respaldada por un patrimonio suficiente para poder resarcir los posibles perjuicios que se pueda irrogar al demandante por una incorrecta actuación del demandado. Las personas en las que se hagan los depósitos de bienes han de ser "llanas y abonadas", sin que pueda recaer en el Escribano de la causa.²⁹¹

Para que se pueda hacer secuestro y retención de los bienes del demandado, debe existir una **causa que justifique la desposesión** y el paso a manos de un tercero de los bienes objeto de la contienda litigiosa. Las **Partidas** fijan **seis razones justas** para que se pueda pedir la retención o secuestro de los bienes del demandado. Vienen a ser supuestos residuales del planteamiento medieval general de garantizar el resultado del proceso. Eliminado el último de los motivos por referirse a situaciones de esclavitud, y que en este momento histórico ya no se daban, el acuerdo o avenencia de las partes de que la cosa pase a manos del fiel debe ser respetado y tiene valor de obligarse; cuando la cosa sobre la que se litiga es mueble y se teme que el demandado la detraiga de la acción de la justicia o la menoscabe; por los mismos motivos, en los casos en que una sentencia definitiva es recurrida, puede pedirse la retención de los frutos de la cosa litigiosa, y ponerse en manos de un fiel, hasta que se resuelva la sentencia definitiva.

Dentro del marco de las relaciones matrimoniales y paternofiliales, se protegen los derechos de la mujer para los casos en que el marido malgaste sus bienes, casos en los que puede acudir al juez y pedirle que se le entregue la dote y sus frutos, o bien que se pongan en manos de guardador;²⁹² siempre, claro está, que esta situación se deba a actuaciones culposas del marido,

²⁹¹No. R. 1.26.11.

²⁹²Este es uno de los pocos casos en que se permite a la mujer casada comparecer jurisdiccionalmente sin la autorización del marido.

no a empobrecimientos fortuitos. En el mismo sentido se protege a los hijos cuando el padre hace disposiciones testamentarias a favor de unos en detrimento de otros; puede el perjudicado pedir la partición de los bienes, y si no hay avenencia, el secuestro y depósito en manos de un fiel para que recoja sus frutos, hasta que se cumpla lo ordenado por el juez".

Con posterioridad, a la ley de **Las Partidas**, y aunque en ella se hace referencia a "**seis razones señaladas son e non más**", lo que parece indicar una intención de fijar los posibles secuestros como *numerus clausus*,²⁹³ se dictaron normas que amplían estos casos. En 1730, por una Ley, Felipe V²⁹⁴ viene a concretar, que es facultad privativa del Presidente del Consejo [de Castilla] el nombrar Administradores de los Mayorazgos litigiosos y secuestrados, en detrimento de lo que hacía la Sala de Mil y Quinientas. Todo ello es para los casos en que exista litigio sobre la tenuta de un mayorazgo.²⁹⁵ Finalmente, **Sala**,²⁹⁶ observa que se viene admitiendo la petición de secuestro, cuando se tema prudentemente, que por no hacerlo, puedan las partes llegar a las armas. Expresión quizás tremendista, pero que situada en un contexto más realista, debe entenderse como que la evitación de males mayores es justa causa para ordenar el secuestro y depósito de los bienes litigiosos.

Fijando la cuestión, queda establecido el hecho, de que aunque **Las Partidas** hablen de seis supuestos justificativos del secuestro y depósito judicial, con carácter de tasado, las posibilidades se fueron ampliando con el tiempo a otros casos, para finalmente admitirse con

²⁹³ P.P. 1.9.3. Y TAPIA, 60. Se refiere a situaciones concretas tales como reclamaciones de porción hereditaria legítima por el hijo preterido o desheredado, además de las ya mencionadas

²⁹⁴ No.R. 2.25.11.

²⁹⁵ En la práctica se hace una petición, generalmente en forma de OTROSÍ en la propia demanda de tenuta por la que se solicita que se encargue la administración de los frutos y rentas. A.H.N. CONSEJOS 26467

²⁹⁶ SALA, Ob. Cit. Pág. 194.

carácter general la causa justificativa de querer evitar que se produzcan mayores daños en la contienda si los bienes continúan en posesión del demandado.

La desposesión que se hace al demandado de determinados bienes como una medida para asegurar el resultado óptimo del proceso, no se debe confundir con el asentamiento. El asentamiento es una solución procesal a la que puede optar el actor en los casos en los que el demandado no acuda a contestar a la demanda; por este sistema, se trasladan bienes del patrimonio del demandado al patrimonio del demandante al que se le entrega la posesión únicamente. Pasado el tiempo que señala la ley, el actor puede pedir la venta pública para resarcirse de la deuda con el importe que resulte.

Así pues, a diferencia de las cauciones genéricas, el asentamiento es una facultad que puede utilizar el actor sólo en el caso de que el demandado sea rebelde, y que a su vez es alternativa de la continuación del pleito en su ausencia.

5.12. SALIR A LA VOZ Y DEFENSA.

La expresión "**salir a la voz y defensa**" no es propiamente una institución procesal; es más bien una expresión que se utiliza en el marco del proceso pero que tiene su origen dentro del contexto del Derecho privado, como una fórmula contractual de la que se derivaba la obligación del vendedor, en el caso de que alguien pusiese pleito al comprador sobre la cosa objeto del contrato de compraventa. Con carácter general, salir a la voz simplemente quiere decir acudir a responder o contestar en juicio a una demanda. Ahora bien, este decir tan general, que afecta por igual a los que han sido llamados al proceso, como a terceros interesados pero no partes, se debe fijar en dos planos:

1º.- Cualquiera puede presentarse en un pleito ya entablado alegando motivaciones

procesales o privadas: así, la tercería como institución procesal, a las simples alegaciones al tener conocimiento de la existencia de una contienda entre partes, tendentes en este caso, no a la exigencia de un derecho, sino simplemente al ejercicio de una facultad discrecional que puede conducir a remediar posibles daños mayores, o aclaraciones dentro del propio proceso. El porqué de la expresión **VOZ** hace referencia a la oralidad del proceso, y lo que es más importante, al carácter de **llamamiento** que tiene en el marco procesal la puesta en conocimiento de las partes la existencia del proceso, y de ahí la publicidad que deriva de este carácter oral. Y no sólo se podía comparecer en un pleito con contienda, ya que alguien con interés en peticiones que se hacían al juez y que no eran contenciosas podía mostrarse como parte, y desde ese momento, el pleito se hacía contencioso.

En 1772, ante la Justicia Ordinaria de San Pedro de Manrique; se presenta una petición de una mujer viuda reclamando la tutela y administración de bienes de su nieta, menor de edad, por haber "pasado la madre a segundo matrimonio". A las tres semanas de presentada la petición, la madre de la menor, comparece su procurador "sin causar instancia ni hacer otro acto perjudicial" diciendo que ha tenido conocimiento de la pretensión y se opone,²⁹⁷ pidiendo que se le de traslado de todo lo que se haya alegado y pide los autos para alegar. En el siguiente escrito que presenta la parte que ha iniciado el expediente dice expresamente que "salió la madre haciendo oposición". Estamos en un expediente que se inicia como no contencioso, pidiendo del Juez una declaración formal, y al que acude la persona que se puede ver afectada por esa declaración, oponiéndose y en consecuencia entablando una contienda procesal. El hecho de "salir" o acudir a unas actuaciones procesales les da el carácter de contenciosos por el simple acto de voluntad de no estar conforme con lo que se le ha pedido al juez pues se considera que puede

²⁹⁷ CHAN.VALL.P.A. 3325.1

ser perjudicial.

Volviendo al marco procesal de la figura, cuando esta deriva de lo acordado en un contrato de compraventa, al ser una obligación procesal del vendedor consecuencia de la más privatista de la evicción y saneamiento de la cosa objeto del contrato, puede entenderse como un litisconsorcio pasivo no necesario. Una vez que el vendedor ha sido notificado de la existencia del procedimiento, puede, como una facultad libre y discrecional, salir a la defensa del derecho controvertido; si no comparece en el proceso, la acción continua contra el comprador. No es propiamente una tercería procesal, ya que para que así fuese tenida la actuación, el tercero que demanda o contesta con tal carácter es en sí mismo una parte procesal, con derechos y obligaciones derivadas de este status; por el contrario, el salir a la voz como vendedor en una reclamación por saneamiento hecha por el comprador implica el ejercicio de una facultad que tiene el vendedor para poder evitar, si la ejerce, el tener que acudir a reclamaciones posteriores, y poder ejercer su derecho en el mismo proceso. La notificación o requerimiento al vendedor debe ser hecha antes de la publicación de las probanzas, antes que concluya el pleito definitivamente para sentencia, para que quien salga a la voz pueda probar lo que alega. **Muñoz**,²⁹⁸ fija el tiempo para salir a la voz en el término de las excepciones, en el que el demandado puede requerir al que le vendió la cosa para que la sanee y **tome la voz del pleito**.

En la forma del requerimiento dice que:

"le pido, y requiero salga a la causa, y tome la voz y actoría de dicho pleito, y lo siga y fenezca a su costa, hasta me dejar en paz según me está obligado".

Aconseja como conveniente que con el requerimiento se le dé un traslado de la demanda

²⁹⁸ Práctica de Procuradores, folio 17.

puesta contra el demandado, para que así pueda responder a la demanda del vendedor, no ignorando el pleito. El requerimiento aparece para el demandado como un requisito imprescindible, que se podría hacer hasta la publicación de pruebas, para que el demandado pueda resarcirse en el caso de que perdiese la posesión de la cosa, el vendedor no vendría obligado. Si requerido el vendedor, no sanease la cosa, está obligado a pagar al comprador los daños, lo que supondría otra reclamación judicial distinta, que es lo que la salida a la voz intenta evitar.

De esta forma se produce una **subrogación** en las obligaciones del demandado, de las que hace una traslación a tercero que de momento es ajeno al pleito; frente a la tercería se diferencia en el carácter facultativo que deriva de la llamada: la persona requerida como vendedor puede o no, comparecer y asumir las acciones, pero si no lo hace no decae en ningún derecho ni se la declara rebelde o contumaz. Simplemente reserva el cumplimiento de unas obligaciones para una posterior reclamación del demandado.

En 1764 se tramita pleito ante el Alcalde Mayor de Segovia sobre "anular una escritura de venta de una tierra de una obrada más o menos, por la enorme y enormísima"²⁹⁹ en el que se aporta escritura de compraventa en la que el vendedor se obliga a dar la tierra

"por cierta y segura y no quitada por más ni por el tanto, no le será puesto pleito, demanda ni otra mala voz, y si lo hiciere, no quiere ser oído, ni admitido en juicio ni fuera de él, y si a mi noticia llegara, saldré, y mis herederos se hagan obligados salir, a la voz y defensa y lo seguiré y seguirán en todas instancias y grados hasta dejarle en quieta y pacífica posesión".

Es un claro compromiso del vendedor de responder de las acciones que por saneamiento

²⁹⁹ A.H.P.S. J-1027/28.

de la cosa se pueden interponer, acudiendo al pleito que se pueda plantear al comprador de la cosa como posible demandado.

Un pleito de evicción, con advertencia de salir a la voz y defensa

El mismo sentido tiene el contenido del contrato de compraventa aportado en el pleito seguido ante el Corregidor de Olmedo "sobre evicción y saneamiento de tierras vendidas".³⁰⁰ Este contrato, origen del larguísimo pleito, está fechado en 1685. Por él, un matrimonio vende unas tierras adquiridas por compraventa y por transmisión hereditaria, comprometiéndose a "que las tierras sean ciertas y a que no se les ponga pleito ni mala voz: en cuyo caso saldremos a la voz y defensa". El demandante en el pleito, heredero del comprador, pide que cite de evicción y saneamiento a los herederos de los vendedores, para que salgan a la voz y defensa del pleito o pleitos que sobre la heredad se moviesen. Cuando los herederos del vendedor contestan, a la reclamación de evicción, en su escrito de alegaciones, dicen que conforme a derecho, para que la acción de evicción competa al comprador, debe hacer saber al vendedor la existencia del pleito, antes de estar conclusos para que pruebe dentro del término de prueba; unos días después, formalmente pide el actor que se cite a los herederos del vendedor para que salgan a la voz y defensa del pleito; a esta petición acuerda el Juez que se haga notorio a los herederos lo que se pide "para que les pare el perjuicio la evicción que se solicita", notificándoles a los que puedan ser habidos.

A esta notificación comparece uno de los ocupantes de las tierras, diciendo, que compró la tierra a un tercero que es quién está obligado a salir a la voz y defensa, pidiendo que le cite como vendedor de la tierra. Mientras se está discutiendo sobre la declaración de rebeldía de los demandados iniciales, aparece otro poseedor de las tierras, negando que el demandante tenga

³⁰⁰ CHAN. VALL. P.A. 3782-4.

derecho a las tierras que él posee, ni que el antiguo propietario se las vendiese a su padre. El esquema procesal sería: el heredero del comprador reclama a los herederos del vendedor; los herederos piden que cite a los poseedores; los poseedores salen a la voz y defensa. La falta de identidad entre propietarios y poseedores deriva en este caso de lo que se discute como cuestión de fondo: la cabida de las tierras transmitidas no es la correcta, y estarían afectas otras tierras a la evicción del contrato, tierras que en ese momento pertenecen a terceros, terceros que no son demandados, sino simplemente notificados de la existencia del pleito para que puedan acudir al mismo, y para que en caso de que puedan evitar la condena de los vendedores, evitarían así una posterior reclamación de estos, repitiendo su derecho.

En otro pleito, sobre resolución de un contrato de arrendamiento de la casa del Boticario del lugar de Otero de Herreros, seguido en 1757 ante el Alcalde Mayor de Segovia,³⁰¹ el arrendatario responde al requerimiento de la arrendadora para que le deje la casa con una serie de alegaciones, que se plantean como una reclamación contenciosa; en esta medida, la requiriente y arrendadora de la casa, llegado el momento, comparece con poder diciendo que, ya que el arrendatario de su casa ha ganado despacho del Tribunal para que se le mantenga en el arriendo, sale a la causa y pide que se le entreguen los autos. No es el caso específico de "**salir**" a la causa que se establece para los casos de saneamiento de la cosa objeto de un contrato de compraventa, pero sí dentro del plano general de los que son obligaciones derivadas de los contratos, es una contienda que deriva del cumplimiento o no de obligaciones establecidas por los obligados en un contrato de arrendamiento. En este sentido, puede aplicarse aquí la figura de tercero no demandado pero que tiene interés en que se resuelva una reclamación (reclamación que tiene forma en la respuesta a un requerimiento); no es una tercería pues no hay pleito hasta este

³⁰¹ A.H.P.S. J-1236/17.

momento propiamente dicho, sino que la parte interesada, acude al pleito para mejor resolver la cuestión.

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE GEOGRAFÍA E HISTORIA
Dpto. de HISTORIA MODERNA**

LOS PLEITOS CIVILES EN CASTILLA. 1700 - 1835 :

**ESTUDIO DEL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA
CASTELLANA EN EL MARCO DE LOS PLEITOS PRIVADOS**

TOMO III

La fase probatoria. Ideas generales sobre la probanza y su práctica.- La prueba de confesión y el juramento en juicio.- La prueba de testigos y su trascendencia en la práctica.- La objetivación de la prueba: Los documentos.- Los restantes medios de prueba. La consideración de impuros por la doctrina y su utilidad en la práctica. La publicación de las pruebas.

TESIS DOCTORAL

**MARÍA JOSÉ GANDASEGUI APARICIO
Madrid 1998**

INDICE TOMO III

PARTE TERCERA: LA FASE DE PRUEBA.

Capítulo VI.- La fase probatoria. Ideas generales sobre la probanza y su práctica.	Pág. 1
6.1.- Evolución de las pruebas y su fijación doctrinal desde el Derecho Común.	Pág. 3
6.2.- Confusión terminológica: Probanza como medio y como resultado. Concepto de prueba y su contenido.	Pág. 5
6.3.- La carga y valoración de la prueba.	Pág. 19
6.4.- Clases de pruebas.	Pág. 28
6.5.- El recibimiento del pleito a prueba.	Pág. 32
6.6.- El término de prueba y sus prórrogas.	Pág. 45
6.7.- La cuestión de la duración de los términos probatorios y sus posibles alteraciones por el juzgador.	Pág. 47
6.8.- Presentación de interrogatorios y demás pruebas a practicar.	Pág. 80
 Capítulo VII.- La prueba de confesión y el juramento en juicio.	Pág. 89
7.1.- Evolución de la confesión como prueba en relación con el juramento.	Pág. 90
7.2.- Sobre qué es la confesión y cuales son sus requisitos.	Pág. 93
7.3.- Clases de prueba de confesión.	Pág. 102
7.4.- Las posiciones y su valor frente al interrogatorio. Forma de hacerse.	Pág. 104
7.5.- El juramento en juicio. Su valor y significado.	Pág. 122
 Capítulo VIII.- La prueba de testigos y su trascendencia en la práctica.	Pág. 129
8.1.- Qué es la prueba de testigos. Requisitos para ser testigo y prohibiciones que les afectan.	Pág. 133
8.2.- Número de testigos necesarios para hacer prueba.	Pág. 151
8.3.- Los interrogatorios de preguntas y su presentación.	Pág. 156
8.4.- Cuando la prueba de testigos debía hacerse fuera de la jurisdicción.	Pág. 169
8.5.- El juramento como requisito previo al examen de testigos.	Pág. 181
8.6.- El examen de los testigos ante el juez o receptor de la prueba.	Pág. 185
8.7.- La intervención de los intérpretes en la prueba de testigos.	Pág. 209
8.8.- La cuestión del examen de los testigos una vez finalizado el término probatorio.	Pág. 210

8.9.- La valoración de la prueba testifical.	Pág. 214
8.10.- La tacha de testigos	Pág. 220
Capítulo IX.- La objetivación de la prueba: Los documentos.	Pág. 226
9.1.- La prueba por documentos. Qué es el documento Sus clases y requisitos.	Pág. 229
9.2.- El otorgamiento de una escritura pública: Cómo se produce su elaboración.	Pág. 233
9.3.- La presentación de los documentos en juicio. Su cotejo y compulsas.	Pág. 243
9.4.- Efectos probatorios de los documentos públicos. La cuestión del planteamiento en juicio de la falsedad de un documento.	Pág. 254
9.5.- Los documentos privados y su valor como prueba.	Pág. 259
Capítulo X.- Los restantes medios de prueba. La consideración de impuros por la doctrina y su utilidad en la práctica.	
La publicación de las pruebas.	Pág. 262
10.1.- La inspección ocular o vista de ojos.	Pág. 263
10.2.- El privilegio considerado como un medio de probar.	Pág. 268
10.3.- Presunciones ley y fama como formas supletorias de probar.	Pág. 277
10.4.- La intervención de terceros expertos en las pruebas. Los peritos.	Pág. 286
10.5.- La restitución “In integrum” como un privilegio procesal.	Pág. 292
10.6.- La publicación de las pruebas.	Pág. 302

PARTE TERCERA: LA FASE DE PRUEBA.

CAPÍTULO VI.- LA FASE PROBATORIA. IDEAS GENERALES SOBRE LAS PROBANZAS Y SU PRACTICA.

"A la demanda, y respuesta (que llamamos conclusión del pleito) se siguen las pruebas de lo alegado".¹

Con la presentación de los escritos de conclusiones que las partes aportan sobre sus alegaciones iniciales, queda perfeccionada la fase de comienzo del proceso " y delimitado jurídicamente a través de las manifestaciones de las partes, o en su caso, a través de su falta de actividad."²

El criterio de preclusividad que rige el sistema procesal castellano³, obliga, para poder pasar de una fase o momento procesal a otra, a que la anterior haya quedado cerrada.

La fase inicial de un pleito es aquella en la que las partes fijan, respectivamente y por su orden, sus pretensiones en forma de alegaciones; una frente a la otra, una en respuesta de los hechos que la otra dice o alega, y siempre dentro de los plazos y de los términos a los que se ven sujetas. Pero una vez que se han hecho todas las afirmaciones que consideran necesarias, deben hacer llegar a la convicción del juzgador que son ciertas, y para ello se articula el sistema de pruebas procesales, para llevar al juez al convencimiento de la verdad de una alegación y para que esa convicción de verdad quede fijada a los efectos y fines del proceso.

¹ JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pág. 292.

² LALINDE ABADÍA, Ob. Cit. Pág. 784.

³ La preclusividad es una característica general de todos los sistemas procesales cuyo origen y fundamento está en el Derecho Común.

"Fijado por la contestación o excepciones el punto en cuestión, se sigue dar la prueba para convencer al juez de los hechos dudosos que es la segunda parte del juicio".⁴

Por lo tanto, la prueba globalmente tiende a **fijar** unos hechos como **verdaderos** para que el juez los pueda tomar así en su sentencia; por ello, la actividad probatoria no debe llevar al proceso los hechos tal y como se produjeron, ya que no se está buscando la verdad material, sino el convencimiento del juez, adquiriendo así toda esta actividad procesal un matiz de formalidad que busca un resultado concreto.

De lo dicho se puede entender con facilidad que la prueba es una actividad procesal pues se integra en el marco del proceso, sujetándose a las normas que la regulan y a los principios que la influyen. Y es una actividad procesal de parte, aunque dirigida y controlada por el juez tanto en su admisión como en su práctica; la actividad probatoria corresponde a las partes del pleito. Son las partes, demandante y demandado, a los que corresponde la iniciativa de la actividad probatoria: las partes han de proponer al juez los medios de prueba que quieren utilizar para fijar la verdad de lo alegado, y es a las partes a quienes corresponde la práctica efectiva con su intervención directa en todas las actuaciones procesales probatorias.

Para estudiar y analizar como se probaba en los pleitos privados, nos vamos a mover en dos planos diferentes: El de las leyes reales y de la doctrina y la práctica

Las leyes reales poco o nada nos dicen a cerca de lo que es la prueba o lo que se debe entender como prueba en el proceso civil. Atienden a la actividad de lo que se debe probar, lo que se puede probar, y sobre todo cómo se debe probar.

Es en el plano de la doctrina, la clásica y la postclásica o práctica, en el que nos vamos a encontrar con una elaboración más completa y extensa de lo que es la prueba procesal y cómo

⁴ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 86.

se debe practicar esta prueba para que efectivamente sea válida y pueda surtir los efectos que se pretenden⁵.

Lo primero que llama poderosamente la atención al acercarse a los autores, sobre todo los prácticos, es la extensión que dedican en general al estudio de la prueba y su forma de llevarse a cabo; sorprende su desproporción por lo extenso en relación con lo explicado de otras fases o periodos procesales. Se convierte la prueba o fase de probanzas en una macro actividad desarrollada por la doctrina, sobredimensionando su importancia respecto del resto de los actos procesales. En cuanto a la práctica, es decir, a la forma material de hacerse las pruebas, resulta una fuente de información muy completa por ser una actividad procesal muy elaborada y sujeta a usos forenses.

6.1.- Evolución de las pruebas y su fijación doctrinal a partir del Derecho Común.

En la introducción al Titulo XIV de la Partida III, hace el Legislador una argumentación para motivar la existencia de la prueba, con todo el sentido práctico y realista que fluye de este cuerpo legislativo, no exento del reconocimiento de los errores conocidos del hacer procesal del momento." Los juzgadores hacen preguntas a las partes para saber la verdad del pleito, y aunque las hagan con juramento, tanta es la maldad de algunos hombres, que para torcer la demanda que les hacen, niegan la verdad de ellas, y por ello se va a decir la prueba que los hombres pueden aducir en juicio sobre las cosas negadas".⁶

En este momento histórico, en el que la recepción del Derecho Común se hace realidad plasmada en un cuerpo legislativo uniforme y homogéneo como son **Las Partidas**, se fija la verdadera dimensión de lo que va a ser la prueba judicial por la influencia directa del Derecho

⁵ Teniendo siempre presente que toda esta elaboración doctrinal no es mas que un trasunto del Dº Común, con escasa referencia a la práctica judicial o a la legislación, y menos aún un aporte crítico.

⁶ P.P. 14.3. Introducción

Canónico; estableciendo un sistema de prueba legal y tasada, frente a la prueba libre y sacralizada que había dominado en periodos anteriores de mayor arcaísmo jurídico.

Así configurada va a permanecer durante todo el sistema del derecho procesal del Antiguo Régimen, pasando casi intacta a la Codificación.⁷

El sistema de prueba judicial que a través del Derecho Común nos aportó el Derecho Canónico tendía a que las pruebas fuesen **legales y tasadas**. Se entiende como un sistema de prueba "legal" aquel que regula qué pruebas pueden aducirse en juicio y como han de realizarse; y son "tasadas" ya que deben todas las pruebas que las partes intenten utilizar estar comprendidas en aquellos medios que la ley permite. Este sistema, actuó como un factor de humanización en el ámbito de la administración de justicia, y además supuso un avance en el intento de hacer que los procedimientos judiciales fuesen investigaciones racionales de la verdad alegada.⁸

Según este sistema de pruebas legales y tasadas, las pruebas tienen que estar reguladas minuciosamente para limitar su admisión, obligando a ser presentadas según un procedimiento determinado.⁹ Su origen está ya en Las Decretales, y en un sentir social y de poder para controlar la actividad del juez sujetándolo a determinadas formalidades que actuaban como control y garantía de la imparcialidad de los juzgadores frente a las intromisiones personales en el pleito.¹⁰

Así, la valoración jurídica de las pruebas, frente a la misma valoración hecha por el juez, pero con carácter de libre sin sujeción a normas, supone una garantía más de las partes frente a posibles abusos judiciales. Las reglas que fijaban el valor que había que dar a cada clase de

⁷ Para una evolución histórica de la prueba, ver más extensamente MARÍA PAZ ALONSO, El proceso penal en Castilla, pags. 221 y ss.

⁸ MERRYMAN, J.H. La tradición jurídica Romano-Canónica, pág. 200.

⁹ MARÍA PAZ ALONSO, Ob. Cit. Pág. 223.

¹⁰ MARÍA PAZ ALONSO, Ibidem.
MERRYMAN, Ibidem.

pruebas actuaban mecánicamente; se dirigían a evaluar las pruebas y a que a cada prueba se le diese un valor aritmético a priori, basándose en lo que se consideraba experiencia común.¹¹

Puede servir como ejemplo de esta regulación exacta de valor que cada prueba debía tener para el juez, lo que se refiere a la prueba de testigos. En esta prueba tenía un valor por sí mismo, la condición, el número, el sexo y la edad de los testigos (en la documentación de esta prueba se hacían constar estas circunstancias). Determinados testimonios podían prevalecer sobre otros, según las personas que los aportasen; incluso se fijaba el número de testigos necesarios para hacer prueba plena o semiplena. Son en realidad mecanismos que actúan restrictivamente y con tendencia a la exclusión dirigidos a evitar la libertad probatoria.

La elaboración de la prueba procesal y sus medios, que se hace escalonada y ordenadamente, está marcada por la tendencia escolástica a la erudición y a la clasificación sistemática.¹² y procede en gran medida del Derecho Canónico

6.2.- Confusión terminológica: probanza como medio y como resultado. Concepto de prueba y su contenido

La ya mencionada amplia formulación doctrinal sobre la prueba y su diversidad, dió lugar a que con el término "prueba" se designase, tanto los medios como los resultados de la actividad probatoria; tanto el contenido, como sus fines. Este sentido unívoco del término "prueba" hace que prueba sea toda la actividad procesal, enmarcada en su momento concreto, dirigida a conseguir el convencimiento del juez mediante la averiguación de la verdad sobre lo que las partes han alegado. Prueba es el medio utilizado en esa actividad y a través del que se consigue el resultado buscado con su utilización, es un instrumento de entidad material con el que el juez

¹¹ MERRYMAN, Ibidem.

¹² MARÍA PAZ ALONSO, Ob. Cit. Pág. 224.

aprecia sensiblemente los motivos que utiliza para convencerse sobre la verdad de los hechos; y prueba es el resultado que se obtiene con el medio de probar; finalmente, prueba es también el recibimiento del pleito para su admisión y su práctica.

La doctrina, la clásica y la práctica, no hacen distinción de estos matices y utilizan indistintamente el término prueba para referirse a los medios, a los resultados y al hecho mismo de probar; realmente, para los autores, prueba es todo aquello que en el proceso se dirige a la finalidad concreta de fijar la veracidad de los hechos, de ahí que no se distinga entre medios y resultados: los hechos probados tienen su valor en los medios probatorios utilizados, y los medios, como veremos a lo largo de este epígrafe son para los autores "**clase o tipos de pruebas**".

Pese a esta realidad procesal teórica y práctica, desde el plano del análisis basado en categorías actuales, debemos tener claro, para adentrarnos en el vastísimo mundo probatorio, que prueba es un todo y una parte integrantes, y que con esa diversidad y confusión tenemos que movernos y trabajar.

El concepto de prueba y su contenido. La definición de prueba que dan **Las Partidas**¹³ ha sido seguida por toda la doctrina con muy pocos añadidos o correcciones; refundiendo la opinión general se puede decir que prueba es:

"averiguación que se hace en juicio en razón de alguna cosa que es dudosa, sobre la materia que se disputa o de las pretensiones de los litigantes, siendo un acto judicial para convencer al juez por medio de argumentos oportunos de la verdad de los hechos

¹³ La Partidas siguen directamente la definición dada por AZO, según nota de Gregorio López a la ley 1.14.3.

controvertidos".¹⁴

Al ser esta una definición tan sintética, vamos a analizar cada una de sus partes conceptuales para así obtener un desarrollo más amplio de lo que para la doctrina en general, dentro del sistema jurídico del antiguo derecho, era la prueba judicial, y más exactamente la prueba procesal privada o civil, con exclusión de las pruebas penales.

A) Averiguación.- O averiguamiento, que dicen Las Partidas tiene su raíz etimológica en la partícula **ad** y en el verbo **verificare**, que a su vez parten de las palabras latinas **verum**, como verdadero y **facere**, hacer.¹⁵ Pues bien, averiguar nos trasmite el significado del que parte la idea de prueba como el de "**hacer la verdad**". La búsqueda de la verdad en el pleito es lo que se persigue mediante la prueba que en él, las partes proponen, el juez admite y como tal se practica, actividad dirigida a que los hechos que no están reconocidos de contrario, o están confusos entre las partes lleguen a adquirir la categoría de verdaderos.¹⁶ Por lo tanto, toda la actividad procesal, de las partes y del órgano judicial, debe estar dirigida a conseguir que con las pruebas se haga la verdad sobre lo que se tiene dudas de su certeza, por ello, las pruebas nunca deberán ser superfluas, ni ajenas a los hechos que las partes han esgrimido en su contienda, ya que la esencia en sí misma de la institución procesal es el esclarecimiento de la verdad, estableciéndose una relación directa entre verdad y contenido del pleito que es la raíz misma de la prueba civil.

¹⁴ P.P. 1.14.3.

TAPIA, Ob. Cit. Pág.122.

GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 87.

¹⁵ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Real Academia Española. Ed. 1970.

¹⁶ Dado que las sentencias anteriores al derecho procesal codificado no se fundamentaban jurídicamente ni relacionaban cuales eran los hechos, que una vez probados habían adquirido la categoría de verdaderos, para ser considerados probados por el juzgador y ceñir a ellos su decisión, es muy difícil rastrear en los pleitos y en las normas prácticas la concreción de los hechos que después de terminada la prueba tenían valor de probados para poder basar en ellos la decisión o juicio final. Únicamente, en el conocimiento personal del individuo que emita la sentencia estaría esta valoración de hechos probados, que no quiere decir otra cosa que hechos válidos para enjuiciar y fallar.

B) La veriguación se hace en el juicio, siendo por lo tanto un acto judicial. La prueba judicial, para que pueda tener valor como tal, debe llevarse a cabo dentro del marco del proceso,¹⁷ ya que es un elemento fundamental del mismo pues derivan de realidades jurídicas tanto la acción como la oposición y excepciones y la ley les implica en las consecuencias jurídicas que el demandante pretende o el demandado trata de evitar; por lo tanto, es necesario que tales hechos consten al juez por una convicción inteligente para que pueda fallar de acuerdo con ellos.

De ahí que la prueba esté inmersa en la propia estructura del proceso y encaminada directamente al resultado de la sentencia. Así visto, en su conjunto, el sistema probatorio procesal podrá dar lugar a que se le entendiese como un instrumento para que el juez pueda tener conocimientos suficientes sobre la verdad de lo alegado al dictar su sentencia; pero la prueba no tiene carácter de instrumento que el juez utiliza para su beneficio, no es una herramienta externa al pleito y que se le hace venir con una finalidad concreta: la prueba es un elemento procesal dentro del propio sentido de lo que es la contienda privada procesal; es el elemento necesario para que lo que se alega quede fijado con carácter definitivo mediante las conclusiones a la prueba. La doctrina en general no alteró el estricto contenido de la ya mencionada ley de Partidas: "en juicio" y consideró la prueba como

"esencia y sustancia del juicio, porque toca a la defensa natural de las partes, y su omisión o denegación da justa causa para apelar.[...] La prueba no toca al orden del juicio sino al de la Justicia".¹⁸

¹⁷ Esta realización probatoria no se refiere sólo a la práctica material de la misma, sino a toda la actividad que rodea a la prueba, desde el recibimiento del pleito a prueba, hasta la valoración que de ella haga el juez, después de concluir las partes y antes de dictarse sentencia.

¹⁸ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 96.

Es en otra ley de Las Partidas en la que se materializa este carácter procesal de la prueba, cuando se regula que el averiguamiento debe ser hecho y mostrado al juzgador ante el que se sigue el pleito, y no a la parte que lo aduce, y consiguientemente las pruebas han de referirse a cosas que se pueden dar en juicio.¹⁹ Que es tanto como decir que la prueba se haga en juicio y sobre cosa relativa a él.²⁰ No teniendo valor como tal todas aquellas actividades que las partes realicen fuera del ámbito procesal, aunque luego la traigan al proceso, ni tampoco las pruebas sobre hechos que no se refieran a los que las partes han alegado y argumentado en la primera fase procesal.

No deben ser recibidas pruebas sobre argumentos o cuestiones filosóficas, ya que estas discusiones no se deben librar a través del fuero ni en un juicio, y " la prueba debe ser tan solamente recibida en el juicio que pertenece al pleito principal sobre el que es hecha la demanda".²¹ El objeto del pleito es el limitador de la prueba al no poder exceder ésta de los propios límites de la contienda planteada, y consecuentemente dentro de estos límites están los que las leyes y la jurisprudencia marcan sobre el contenido de lo que las partes pueden aducir en juicio. De ahí que la ejecución de la prueba se deba limitar a los hechos del proceso encaminados a descubrir la verdad, pues son la materia capaz de probarse, y en los que debe buscar el juez el Derecho para encontrar el fallo.²²

C) En razón de alguna cosa que es dudosa.- Este elemento conceptual de la prueba fue para la doctrina, sobre todo la práctica, el que más dudas planteó porque en sí mismo supone una limitación a los elementos personales en el pleito para proponer y admitir las pruebas. La pruebas

¹⁹ P.P 7.14.3.

²⁰ JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pág. 292.

²¹ P.P. 7.14.3.

²² CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 94.

que las partes pueden proponer al juez para que éste acuerde su práctica deben estar dirigidas precisamente a buscar que los hechos alegados, y sobre los que las partes manifiestan alguna duda, puedan llegar a fijarse como verdaderas, o por el contrario, si no se produce el efecto deseado con la prueba, queden excluidos de la decisión final. En esta línea, se vuelve a buscar la definición de lo dudoso para centrar en ello el objeto y la finalidad de la prueba. Se empieza por excluir lo superfluo, como ya se ha visto; no sólo entendiendo como superfluos los argumentos ajenos al pleito, sino también la no necesidad de demostrar la verdad de determinados argumentos:

"Si alguno razonare alguna cosa en pleito y dijere que lo quiere probar, si la razón fuese tal que aunque lo probase, no le podría aprovechar en su pleito, ni dañar a la otra parte, el juez no reciba la tal probanza y si la recibiere, que no valga."²³

Si **Las Partidas** excluían del objeto de la prueba las discusiones no jurídicas, esta norma, de las escasas que la **Nueva Recopilación** recoge del Fuero Real,²⁴ ordena a los jueces no recibir las pruebas sobre hechos cuya aclaración no se hace necesaria para el resultado final y por lo tanto han de quedar excluidos de la actividad probatoria, haciendo incluso que la prueba de tal manera pretendida y obtenida sea nula.²⁵

Así las cosas, y viendo ya acotado el objeto de la prueba a las cuestiones dudosas que

²³ N.R. 4.6.4.

²⁴ F.R. 21.8.2.

²⁵ Al ver la admisión de la prueba se analizará con más detenimiento esta cuestión. Una visión sobre la práctica judicial nos delata de inmediato que las pruebas propuestas por las partes para demostrar sus posiciones eran siempre admitidas por los juzgadores, sin que se produjesen inadmisiones frecuentes. De esta realidad se puede inducir una actitud general y extendida dentro las estructuras de la Administración de Justicia: de las alegaciones de las partes los jueces no conocían en profundidad en su momento procesal, someramente se enteraban de lo que las partes pretendían, sabedores de que el verdadero conocimiento vendría de la práctica de las pruebas, en la línea marcada por la Decretales para que las pruebas fuesen hechas a presencia del que tenía que juzgar, propiciando lo que luego ha sido un principio procesal de estricta necesidad: la intermediación judicial. Es posible que los jueces no rechazasen las pruebas propuestas, en general, para así facilitar su propia labor de convencerse sobre lo alegado, convirtiendo la prueba, sobre todo su práctica en el núcleo del pleito.

impliquen búsqueda de la verdad, habrá que excluir de los hechos a probar los que ya apareciesen probados antes de la conclusión de la fase inicial o de alegaciones. Los hechos pueden ser tenidos así por verdaderos, bien por acuerdo de las partes o por la confesión de alguna de ellas " de manera que la verdad se halle constantemente descubierta, que es la que se busca en los juicios desentendiéndose de solemnidades y sutilezas".²⁶ En estos casos no procede la prueba procesal, siendo ésta una cuestión que tiene una regulación tangencial, en la Legislación Real.

Regulación legal de esta cuestión

De las disposiciones recogidas en la **Nueva Recopilación** que se refieren indirectamente a la no admisión de prueba sobre cuestiones que aparecen como ciertas en el momento de concluir las partes sus alegaciones iniciales, vamos a hacer un análisis, pero no referido a su ubicación dentro de la sistemática de la obra, sino al orden cronológico de producirse, estas cuatro normas se reparten entre los libros dos y cuatro, en títulos que se refieren a los abogados, a la confesión de posiciones y a las sentencias. En el último de los títulos reseñados, el que habla de las sentencias y sus nulidades, la prueba ocupa el primer lugar cronológico, casi simultáneo con la dictada para regular las respuestas de las confesiones.

En la **ley 10.17.4 N.R.** que se conoce con la designación genérica de ley para la supresión de las solemnidades en los pleitos, de la que ya se ha hablado, dada en Alcalá en 1386 recogida en el libro en el que se regulan las sentencias y sus nulidades, después de una breve y sensata exposición de los motivos o circunstancias de los hechos y realidades que dan lugar al legislador a dictar esta ley,²⁷ establece que estando hallada y probada la verdad de los hechos por el proceso,

²⁶ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 5.

²⁷ Evitar que los pleitos se alarguen por la búsqueda de nulidades de las partes.

en cualquiera de las instancias que se viere, [...] que los jueces que conocieran de los pleitos y los hubieren de librar, los determinen y juzguen según la verdad que hallaren probada en los tales pleitos.

La esencia de la disposición hay que buscarla en la circunstancia de que los hechos sobre los que hay que fallar **estén probados**; sin que tenga trascendencia en la instancia procesal en que se halle el pleito, sino únicamente la verdad que esté probada. Se quiere facilitar con ello, que se eviten trámites que no son necesarios para el buen resultado final del juicio a emitir; por lo tanto, cuando la verdad esté probada o demostrada, el juez debe resolver con su sentencia.

La ley habla de verdad probada en cualquiera de las instancias; la doctrina viene a entender que se debe evitar la prueba en los casos en los que los hechos estuviesen probados, "de manera que la verdad se halle constantemente descubierta, que es la que se busca y desea en los juicios, [...] no tendrá lugar prueba alguna, ni debe recibirse a ella, porque toda sería ilusoria resistiéndola las mismas leyes".²⁸

En el **libro 4 de la Recopilación**, y en **título 7** que regula genéricamente el juramento de calumnia y las posiciones, se recoge una ley, dada en 1387 en Briviesca, para regular como han de contestar la partes a las posiciones, incluyendo la ficta confesión por rebeldía, así como la conclusión y sentencia. En el párrafo in fine, ordena, que si de la respuesta de las posiciones hallare el juez que puede dar sentencia definitiva concluso el pleito, la de, la que por fuerza o derecho deba: y sino reciba las partes a prueba de lo por ellas dicho o alegado. La situación procesal de estas posiciones hay que buscarla en la confesión que hace el demandado sobre los

²⁸ CONDE DE LACANADA, Ob. Cit. Pág 95.

extremos de los que se le pide en la demanda,²⁹ ya que si de las posiciones y sus respuestas el juez no llega a tener conciencia clara de la verdad de los hechos, ha de recibir el pleito a prueba.

De este argumento se deduce fácilmente que se está refiriendo a un momento procesal previo a la prueba.

En el **título 16 del libro 2** al hablar de las funciones de los abogados, en la ley 31, que es una disposición de las Ordenanzas de Medina de 1502, se ordena a los Letrados no hacer preguntas sobre las posiciones ya confesadas por las partes, incluyendo la pena que deben pagar para el caso en que las hiciere. Norma restrictiva y tajante, del decir y sentir de las instrucciones procesales dadas por Los Reyes Católicos, sanciona a los letrados que insistan en hacer preguntas a las partes sobre los extremos que ya tuviesen confesados con anterioridad. Como una vez traspasado el momento procesal de la primera confesión, no se puede volver a hacer preguntas hasta la práctica de la prueba de confesiones, es en sí misma una limitación a la admisión de pruebas sobre hechos ya probados mediante la confesión anterior a la prueba.

Se insiste así en lo dispuesto en la primera de las leyes que estamos analizando, cuando se dispone que sobre los hechos ya confesados no cabe hacer más prueba, debiendo en todo caso dar el juez su sentencia una vez que llegue a tener conocimiento de la verdad de lo alegado. En esta ley la norma va dirigida a los juzgadores, mientras que la dada por los Reyes Católicos tiene como destinatarios a los letrados, limitándoles la sobrecarga de la prueba.

Finalmente, de este mismo año, pero de las Ordenanzas de Madrid confirmada por otra disposición de 1525, es la norma que dispone que sobre las posiciones confesadas por las partes, los Letrados no hagan preguntas, con la correspondiente pena. Casi exacta a la anterior, es un

²⁹ En este punto hay que recordar la diferencia entre esta confesión y la confesión como medio de prueba. Aunque en esta ley se confunden ambas confesiones para el legislador, en la práctica está muy clara la diferencia entre la confesión del demandado en las alegaciones iniciales y la confesión de las partes en periodo probatorio.

ejemplo de la dudosa sistemática aplicada que incluyó en el texto recopilado normas prácticamente iguales sin refundirlas.

La intención subyacente en todas estas normas reales es muy clara: evitar que se demore el resultado de los pleitos en actuaciones que se entienden inútiles o superfluas. Su contenido se puede dividir en dos bandas:

1º.- En dirección a los que deben juzgar, insistiéndoles en que den su fallo cuando estén seguros de lo verdadero de los hechos que las partes esgrimen desde sus respectivas posiciones, sin tener en cuenta en el momento en el que se halle el pleito, y lo que se haya actuado hasta ese momento, como un intento de simplificar los juicios plenarios.

Aunque se refiere la disposición a **cualquier instancia**, en una línea de interpretación amplia se debe entender que se puede aplicar igualmente a fases procesales,³⁰ por lo que se entendería que el juez puede tener auténtica conciencia de lo que las partes le han alegado al finalizar la fase inicial ; a partir de ese momento, debe dar su sentencia sin abrir la prueba, ya que entiende que no es necesaria. El conocimiento de la verdad el juzgador lo puede haber adquirido simplemente de lo que las partes dicen al no haber contradicciones, o bien de lo confesado por alguna de ellas a aquello que la otra le pide o exige.

Pero la situación que la ley propicia es muy clara: desde el momento que el juez piensa que puede tomar su decisión, a las partes no les cabe la posibilidad de intervenir pidiendo que se prueben los hechos que figuran como peticiones y contestaciones. Vuelve así a sacrificarse el principio de instancia de parte a favor del impulso procesal que tiene el juez, en este caso tendente a abreviar el pleito, o más bien a no prolongarlo innecesariamente y hacerlo más costoso para las partes, en beneficio, claro está de los procuradores, letrados y oficiales de justicia.

³⁰ Siguiendo la máxima romana de lo que vale para más, vale también para menos.

2ª.- Dirigidas a los letrados actuantes en los pleitos son los mandatos que se contienen en el resto de las normas reales. Los letrados, aún actuando dentro de su ética profesional, debían aconsejar a sus asistidos los medios procesales más realistas y sencillos para que pudiesen alcanzar el fin propuesto; la dirección profesional de fondo la ejercían ellos al ser preceptivo que determinados escritos o pedimentos de parte se presentasen firmados, además de por el procurador, por el abogado, teniendo el procurador una actividad más de forma que de fondo, como un interlocutor entre la parte y el órgano judicial y un gestor de procedimiento, pero sin la toma de decisiones procesales sobre el objeto mismo del pleito.

Los Letrados, por exceso de celo profesional, y como ya se ha visto,³¹ con intenciones de mejorar sus honorarios, en muchas de las ocasiones no resolvían los asuntos por el camino más fácil, sino que los llevaban por el más tortuoso y complejo para las partes y beneficioso para ellos; camino que no sólo les reportaba beneficios económicos, sino que también les daba prestigio en su oficio y categoría social.

Pues bien, en este caso las limitaciones que les viene a imponer el legislador se refieren a su actuación sobre las posiciones que las partes tienen contestadas; el entender que la respuesta con juramento a preguntas que se hacen a cualquiera de las partes en el curso procesal, dan a los hechos que se refieren valor probatorio total. Se debe entender consecuentemente que sobre lo ya confesado no cabe incidir mediante nuevas preguntas o posiciones. Esta limitación hay que enlazarla con las que se dirigen a los jueces en el sentido de que no admitan a prueba los pleitos en los que los hechos estén claros y aparezcan como verdaderos; los letrados no pregunten innecesariamente, porque los jueces no necesitan mayores aclaraciones sobre lo que las partes han alegado como cierto. El conjunto de intenciones se dirige muy claramente a que los pleitos se

³¹VER SUPRA 2.5.2.

puedan resolver breve y sencillamente, aunque no ocurriese así en la práctica, en la que como ya hemos dicho la rutina y el hacer procesal llevaba constantemente, tanto a los jueces como a los Tribunales Colegiados, a agotar todas las posibilidades que la mecánica procesal les brindaba.

La doctrina lo argumenta y justifica como el remedio menos malo, ya que si no se admiten las peticiones de las partes, éstas irremediablemente recurren, con lo que finalmente los pleitos se alargarían aún más con mayores costes y perjuicios para los interesados.

Para evitar estos abusos de las partes, se entienden los términos de probar, como todo término restrictivo en sí mismo, un límite a las dilaciones que puedan favorecer las actuaciones de las partes. Sería una conciliación entre **el uso propio de la natural defensa** y el que **no abusen las partes del medio que se les brinda** para convertirlo con malicia en dilaciones perniciosas contra la brevedad que se desea y que es el objeto de toda la legislación.³²

D) Sobre la materia que se disputa o sobre las pretensiones de los litigantes. Funciona este criterio como limitativo de lo que con la prueba se puede hacer, restringiéndolo a medios empleados a la aplicación exclusiva de los hechos que se constituyeren como objeto procesal. La intencionalidad de la prueba no puede exceder de lo que las partes tienen alegado y pedido en sus escritos iniciales y en sus conclusiones a las alegaciones; es el juez el que está facultado en el momento de la admisión de las pruebas para rechazar aquellas que no se refieren a lo que las partes contienden en el marco del proceso.

Con la prueba lo que se debe justificar es el hecho, pues el derecho se da por sabido,³³ y los hechos se ceñirán a los que forman parte del petitum, nunca a los que sean ajenos al pleito,

³² CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 96.

³³ BERNI Y CATALÁ, Apuntamientos de Partidas, pág. 94

ya que las pruebas deben ser hechas sobre cosas que se pueden dar en juicio,³⁴ así, si es acción real se ha de justificar el dominio, si es personal el contrato, y si es de reintegro, la posesión y el despojo.³⁵

E) La prueba es un acto judicial dirigido al convencimiento del juez. La prueba se hará en juicio y sobre cosa relativa a él,³⁶ haciéndose y mostrándose ante el juzgador que sigue el pleito y no a la parte contra quien la aduce.³⁷

Entiende la doctrina en general que la prueba judicial forma parte de la misma naturaleza que el proceso, entendiéndolo como una defensa de las partes:

"resulta un principio constante, y es que la prueba cuando la permiten las leyes, siempre es de esencia y sustancia del juicio, porque toca a la defensa natural de las partes, y su admisión o denegación da justa causa para apelar".³⁸

Se coloca así la prueba como un elemento procesal determinante para el resultado final del pleito; resultado que se contiene en el fallo de la sentencia o del auto definitivo y que está interrelacionado con las conclusiones obtenidas por el conjunto de actos probatorios.

F) El juez no debe dejar de admitir la prueba que sea necesaria ya que es derecho divino.³⁹

La filosofía iusnaturalista ya había calado suficientemente en los autores del Derecho. Era

³⁴ P.P. 7.14.3.

³⁵ BERNI Y CATALÁ, Ob. Cit. Pág. 98.

³⁶ JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pág. 292.

³⁷ P.P. 7.14.3.

³⁸ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 96.

³⁹ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 122.

un iusnaturalismo que tenía su origen en la doctrina cristiana- escolástica del Derecho Natural, pero evolucionada hacia el iusnaturalismo racionalista postclásico. Partiendo del Derecho Natural cristiano, para el que la Justicia es una creación divina, insertándola en el plano de las esencias, el racionanalismo posterior insertaba el derecho natural en un plano más bien existencial porque partían de la idea renacentista de la naturaleza humana.⁴⁰

De ahí que sean autores jurídicos tardíos los que hagan mención a principios de Derecho Natural cuando tratan incluso temas práctico-jurídicos, aunque su escueta referencia sea al origen divino de determinados derechos de los individuos, como causa justificativa de la existencia de determinadas instituciones. Dentro de este contexto de pensamiento, se ve la prueba como un derecho del que no se puede privar a nadie en un proceso, precisamente por ser de origen divino para su justificación.

La prueba es esencia del juicio porque toca a la defensa natural de las partes, como ya hemos visto decía el CONDE DE LA CAÑADA en una defensa del uso del derecho a la prueba que entendía tenían las partes, casi frente al control del poder del juez, intentando evitar que las pruebas formasen parte del proceso en los casos en que no fuesen absolutamente necesarias.⁴¹

Basa la defensa que entiende tienen las partes en que la prueba no forma parte del orden de los juicios, es decir de sus formalidades, sino que afecta a principios de fondo como es la **justicia**,⁴² y por lo tanto no puede verse restringido su valor y su utilización desde una postura de defensa de los formalismos.

⁴⁰ LEGAZ Y LACAMBRA, Filosofía del Derecho, pág. 310.

⁴¹ Curiosa actitud de este ecléctico y rebuscado autor, que mantiene en toda su línea la argumentación fundamental de defender la aplicación de la legislación real, y con la que se contradice con frecuencia, aunque buscando argumentos explicativos, como en este caso, en el que las leyes del reino tienden clarísimamente a restringir el ejercicio de la prueba a los casos confusos, y que él admite, pero manteniendo su ejercicio como un derecho individual "de la defensa natural de las partes".

⁴² CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 96.

6.3.- Carga y valoración de la prueba.

A) LA CARGA DE LA PRUEBA. El carácter marcadamente privatista del proceso civil en los sistemas jurídicos mediatizados por la influencia del Derecho Común, hace que se traslade a las partes la responsabilidad del resultado final del pleito: al juez le corresponde tomar decisiones sobre las propuestas de las partes en función de la estructura procesal, y finalmente decidir el resultado de la contienda y poco más, como impulsar en determinados momentos el ritmo procesal.

El Juez se convierte así en un espectador que depende de lo que las partes hagan en el pleito para la toma de decisiones. Pero las partes han de decir y demostrar que lo que dicen es cierto; al juez no le está permitido utilizar autonomamente medios probatorios, y por lo tanto, depende de lo que la partes hagan. Según este sistema, el juzgador estaría privado de toda libertad a la hora de la toma de decisiones dirigidas a la obtención de pruebas, excepto en el proceso penal, en el que sí estaba facultado para hacer indagaciones de oficio.⁴³

Desde el momento que se fija el criterio de que el juez no puede juzgar ni decidir a favor de ninguna de las partes por no tener conocimiento cierto de los hechos que se le alegan, **se está cargando a las partes la responsabilidad de hacer que los hechos lleguen al juico del juzgador con la certeza de verdaderos.** Al partir pues de esta idea, de que la falta de la prueba implica consecuencias negativas para la parte que debería de plantearla, la teoría que la doctrina desarrolla sobre la carga de la prueba, es la teoría de las consecuencias negativas derivadas de la ausencia de la prueba.

En la evolución histórico-jurídica de las obligaciones probatorias de las partes procesales, y una vez superados los momentos más arcaicos de la prueba sacral y privilegiada, aporta el

⁴³ MARÍA PAZ ALONSO, Ob. Cit. Pág. 225.

Derecho Canónico la objetividad de los medios de prueba. Partiendo de esos criterios objetivos se trasmite al demandante la carga (**onus probandi**) de probar sus argumentos, pues si no lo hace decae en su derecho, "sin que por otra parte pueda influir en su resultado, dada su condición objetiva."⁴⁴

Y si al actor se le atribuye la obligación de probar lo que pretende como cierto, al demandado se le atribuye la misma obligación cuando excepciona al contestar a la demanda.

De estas dos premisas se infiere, que de la carga probatoria queda excluida la parte que niega, siendo sólo responsabilidad del que afirma el utilizar medios probatorios concretos. En líneas generales, la aportación Canónica a la afirmación del sistema probatorio, hizo que la carga de la prueba se atribuyese siempre al que decía, partiendo del principio de la imposibilidad de probar una negativa, rechazando así el sistema anterior, en el que el demandado tendría que demostrar su no implicación en los hechos.⁴⁵

Las Partidas se encargan de recoger este principio canónico desde la Decretales: "Regla cierta de Derecho es, que la parte que niega alguna cosa en juicio, no está obligada a probarla",⁴⁶ y partiendo de esta idea fundamental, la doctrina admite como auténtico el principio de que sólo se ha de probar lo que se afirma, no lo que se niega, ya que la prueba normalmente incumbe al demandante que es el que pide, y no al demandado que niega los hechos, ya que el que dice y afirma tiene que probar por fundar su derecho en una afirmación probable; en cambio, el que niega, por basarse en una negativa, hace que por su propia naturaleza sea improbable.⁴⁷

⁴⁴ LALINDE ABADÍA, Ob. Cit. Pág. 785.

⁴⁵ Sobre este problema de la carga de la prueba, ver para el proceso penal a María Paz Alonso, "El proceso penal en Castilla."

⁴⁶ P.P. 2.14.3.

⁴⁷ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 84.

De ahí que la prueba corresponda normalmente al actor que funda su intención en la existencia de una afirmación probable; en cambio, el demandado, al basarse en una afirmación negativa improbable, debe ser absuelto al no probar el actor su petición.⁴⁸

En la doctrina más avanzada, en la que se introducen matices de crítica e influencias de pensamiento más actualizado, se habla ya de presunción a favor del reo (en este caso demandado) ya que a todo ciudadano se le presume inocente y en justa posesión de sus derechos mientras no se pruebe lo contrario, por lo que el demandado siempre tiene la presunción absolutoria a su favor, y por lo tanto, no está obligado a probar los fundamentos de su negocio, como una regla general para cuando el demandado niega el derecho en que se funda la demanda.⁴⁹

Visto así, la formulación doctrinal hace que la responsabilidad de probar, lo que se conoce con el término técnico de carga de probar, recaiga únicamente sobre la parte procesal que afirma un hecho, liberando a la que niega lo afirmado por la contraria de tener que demostrar su negativa. Al hilo de este razonamiento, se introducen matices avanzados, por los que se **supone** exento de responsabilidad a toda persona contra la que se dirige una acción en tanto no quede demostrado que lo que se reclama es cierto; la presunción juega así a favor del "reclamado" frente a la postura del reclamante, no teniendo que probar en lo que fundamenta su negativa.

Es por lo tanto un juego de acusaciones y defensas: "si tu dices que te debo el pago del cumplimiento de una obligación, demuéstalo". Esta demostración es la prueba en sí misma; pero al ser la prueba un mecanismo procesal intrínseco al proceso, sus resultados habría que buscarlos dentro del propio proceso: para que esa demostración de la realidad del hecho alegado

⁴⁸ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 123.

⁴⁹ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 87.

o reclamado tenga valor y resultados, ha de ser tenido en cuenta en el resultado final del proceso, es decir en la sentencia definitiva. El problema que presentan los pleitos seguidos en un sistema procesal de Antiguo Régimen, es que del fallo de las sentencias no se puede obtener información sobre los resultados de las pruebas que se han hecho a lo largo del proceso, pues como ya hemos dicho las sentencias no se motivaban; se hará necesario rastrear en las alegaciones finales, y de la propia marcha de cada pleito hasta que punto la prueba ha dado los resultados deseados.⁵⁰

Aunque hasta aquí las premisas doctrinales parecen claras, los autores vienen a complicar sus formulaciones buscando argumentos para probar aquello que se niega, aunque desde luego les dá pié la ya mencionada **ley 2.14. de la Partida 3**. En esta ley, después de decirse que el que niega no tiene que probar, introduce un "**pero**" que viene a equivaler a excepciones particulares a la norma general, y que son los casos en los que, aunque la parte niega, tiene que probar sobre ellos. En primer lugar se refiere esta ley a los supuestos en que el demandado oponga alguna excepción que afecte al juez, al abogado o algún testigo por que valora que existen motivos para considerarlo prohibido por la ley o lo impide algún hecho, en este caso deberá probar la existencia de la ley o del hecho, ya que además de estar la presunción a favor del juez, abogado o testigo, es una excepción que aunque parezca que niega, contiene una verdadera afirmación.⁵¹ **Tapia** llama a esta excepción **negativa de derecho** porque se afirma que alguna cosa no es conforme a derecho o no está permitida por él, y se puede probar **indirectamente** haciendo ver por la ley y demás medios que no concurren en la persona el defecto que se le imputa, hecho que debe probar el que niega.⁵² Otra situación que admite esta ley de Partida como de necesaria

⁵⁰VER INFRA 12.2.6.

⁵¹ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 88

⁵² TAPIA, Ob. Cit. Pág. 123.

prueba aunque parta de una negación, es aquella en la que se niega la validez del testamento en base al que se hace una reclamación, por que considera que el testador no estaba en sus facultades para testar, la parte que lo oponga a la demanda en la que se le reclama bienes o mandas contenidos en el testamento, lo debe probar. Es necesario por lo tanto un heredero instituido en virtud de testamento que reclama herencia o manda y que el demandado le contradiga que es nulo el testamento porque no estaba en su juicio el testador cuando lo otorgó; en este caso el demandado debe probar la falta de juicio que alega, aunque lo haga en forma de negación, porque la ley presume que todo hombre cuando testa se halla en su sano juicio.⁵³ A esta negación que puede ser considerada objeto de prueba, **Tapia** la llama **negativa de cualidad** ya que se niega que en alguno concurre cierta cualidad, que si es de las que naturalmente tienen las personas, debe probarla el que la niega porque es el fundamento de su intención, y de esta negación se deduce afirmación que trasfiere la obligación de probarla en el que la niega, ya que la presunción está a favor del contrario, y si no lo hace se resolverá a favor de éste, aunque no pruebe nada.⁵⁴ Es decir, la presunción juega a favor del contrario del que en este caso niega, ya que se debe presumir que todo hombre es cuerdo y en su memoria, salvo que se pruebe lo contrario, por lo que si la parte niega que el testador no estaba en su memoria o razón y no lo pudiese probar, el testamento será válido, aunque la parte que lo quiere utilizar no pueda probar la cordura del testador.⁵⁵

En resumen, cuando los hechos sobre los que niega están respaldados por presunción sobre su existencia y su veracidad, esta negación tiene que ser probada. Ocurre lo mismo en los

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 123.

⁵⁵ LAS PARTIDAS se refieren la **sabios antiguos** para el fundamento de estos argumentos

casos en los que fallecido el marido, si se hallare dinero o bienes en poder de la mujer que con el convivía, si los herederos se lo reclamasen a la mujer y la mujer negare en juicio que aquellas cosas no eran de su marido y las opusiese como propias, está obligada a probarlo. Si no puede hacer prueba verdadera sobre esta excepción, deben ser entregados todos los bienes al heredero del marido, pues se presumen suyos.

También se remiten **Las Partidas** aquí a "los sabios antiguos" cuando argumentan que se basaron en las sospechas que todo lo que se hallase en poder de la mujer era de los bienes del marido hasta que ésta demuestre lo contrario, por que de lo contrario habría que sospechar que los hubiese ganado de mala parte. Es curioso que mientras que ley de Partidas dice muy claro que los bienes que se encuentran en poder de la mujer se entenderán del marido mientras no se demuestre lo contrario, la conducción que de esta idea hace **Gomez Negro** parte de lo contrario: como hay que suponer que los bienes del matrimonio se presumen comunes para llegar al mismo resultado: la mujer ha de probar que los bienes que le reclaman los herederos de su marido fallecido no pertenecen a la herencia, ha de probar que son suyos privativos para no tenerlos que entregar.⁵⁶

En cualquier caso, la mujer que opone a la reclamación de los herederos del marido que los bienes son suyos, lo tiene que probar; en la situación que describen Las Partidas, hay que presumir en principio que los bienes son del marido, y sólo se puede negar a entregar aquellos sobre los que se haga prueba de privacidad, por el contrario, para el autor, que parte de la idea más adelantada de la comunidad de bienes en el matrimonio, se presumirían como privativos de la mujer al menos su parte de comunidad entre dos, es decir una mitad, y sólo estaría obligada a demostrar que la otra mitad de los que se le reclama también es suya.

⁵⁶ Ibidem.

Sobre esta diversidad de apreciación y valoración de los bienes dentro del matrimonio, conviene aquí hacer una puesta en situación. En **Las Partidas** la sociedad de bienes del matrimonio no existía; los conyuges eran propietarios de los bienes que aportaban como propios y de los que recibían posteriormente por transmisión hereditaria, suponiéndose propiedad del marido todos los frutos y ganancias. Por el contrario, la idea de sociedad matrimonial de bienes, supone que las ganancias que resultan del manejo mancomunal de este cuerpo de bienes, sean por iguales partes de uno y otro compañero,⁵⁷ haciéndose al ámbito del matrimonio una traslación del contrato de sociedad civil.

El **derecho de ganancias** tiene su fundamento en la sociedad que se supone entre marido y mujer, ya que los incrementos patrimoniales que resulten del manejo mancomunal de los bienes que cada conyuge aporte al matrimonio, son por partes iguales de uno y otro compañero.⁵⁸

Claramente este criterio no corresponde con el que **Las partidas** introducían sobre los bienes del matrimonio; la razón en este caso no está en la doctrina, sino en la propia legislación real:

- en primer lugar, **El Fuero Real**, que en el título 3 del libro 3, leyes 1,2, y3,⁵⁹ hace una definición de lo que se entiende por ganancias comunes del matrimonio, enumerando los bienes que así se consideraran (bienes que se dieran de acuerdo, determinadas donaciones), y excluyendo los que no tienen la cualidad de bienes gananciales, especificando que "esto que dicho es de suso de las ganancias de los maridos, eso mismo sea de las mujeres" en un intento de tender hacia la igualdad entre marido y mujer.

⁵⁷ JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pág. 60.

⁵⁸ Ibidem.

⁵⁹ Estas tres disposiciones están recogidas en las Recopilaciones:
N.R. 2,3,4. 9.5.
No.R. 1,2,3. 4. 10.

- En segundo lugar en el tiempo, una disposición de Enrique IV de 1473,⁶⁰ confirma el contenido de las leyes anteriores, penalizando a la mujer viuda "que viviere lujuriosamente" con la pérdida de su mitad de ganaciales

-En 1566, por una Pragmatica de Felipe II,⁶¹ se hace una recapitulación de la situación al decir que, según el derecho dice que todas las cosas que tengan marido y mujer se presumen del marido mientras que la mujer no demuestre que son suyos **pero la costumbre guardada es en contrario**, que los bienes **se presumen de ambos**, salvo que marido o mujer demuestren que son suyos.

-Finalmente, Carlos IV, en 1801, deroga la ley o costumbre que prohibía a las mujeres Cordobesas participar de las ganancias del matrimonio, extendiendo la ley general de la participación común de las ganancias en el matrimonio;⁶² esta decisión se confirmó por una Real Resolución a consulta del Consejo de Diciembre de 1803, teniendo presente que no se derogaba ninguna ley, fuero o costumbre racional anterior, sino que constituía la declaración de un Derecho del que habían estado privadas las mujeres cordobesas, por un pernicioso abuso.

En la **Ley 3.14 de la Partida 3.** se añade un cuarto caso de presunción que hace que su negación tenga que probarse. Si un padre, dejando a un hijo cuanto le permitan las leyes, declarase en su testamento que se le pagase alguna deuda que el testador tenía con él; los herederos no están obligados a pagarla si no la reconocen, salvo que el hijo en cuestión probase que es cierta y legítima.⁶³ Tiene el legislador una desconfianza cierta hacia la actitud de determinados padres que pueden disponer de sus bienes a favor de algunos hijos en detrimento

⁶⁰ N.R. 5.9.5. y No. R. 5.4.10.

⁶¹ N.R. 1.9.5. y No.R. 4.4.10.

⁶² No.R. 13.4.10.

⁶³ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 88.

de otros, por el método de encubrir mandas haciendo que se le paguen deudas propias del padre. De ahí que en estos casos, se exige al hijo que pruebe a los demás herederos que el padre le debe dinero, para que puedan los herederos devolverle lo debido. No se tiene por cierto lo que dice el padre para dar por cierta la deuda, desconfiándose de que con este pretexto lo que quiere es mejorarle en más de lo que la ley permite.⁶⁴

B) LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA. Frente a los sistemas jurídicos arcaicos en los que prevalecía **la íntima convicción del juez** en la valoración de la prueba, en un sistema de pruebas legales y tasadas, como es el sistema del derecho castellano anterior a la codificación, vienen dados los requisitos y la fuerza probatoria de los medios que se aportan en juicio, vinculando así la decisión del juez. Se busca la seguridad en la justa decisión del juez, frente a las posibles desviaciones de lo justo que podían producirse en su decisión. En este sistema, la ley fija un coeficiente de verdad que debe atribuirse a cada uno de los medios probatorios, que están representados por un valor preestablecido.⁶⁵ La elaboración doctrinal de este sistema complicó en cierta medida los presupuestos iniciales, que sobre los precedentes de leyes romano canónicas edificó toda una extensa y compleja teoría.⁶⁶

El sistema organiza una minimalización de las escalas jerárquicas y sus correspondientes valoraciones, que hacen que a las partes se les garantice un valor objetivo de aquello que han probado. Para ello se clasifican las pruebas en plenas, semiplenas o indiciarias, calculando aritméticamente su valor, y para que el juez juzgue según lo que hallare en el proceso, sin tener en cuenta elementos de convicción ajenos a él, señalándole la ley en cada caso el valor que se ha

⁶⁴ GÓMEZ NEGRO, *Ibidem*.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ *Ibidem*.

de otorgar a cada prueba.⁶⁷

Por lo tanto, es inevitable enlazar esta cuestión de la valoración que de las pruebas haga el juez, con la división que de las mismas hace la doctrina, entre pruebas plenas y pruebas semiplenas.

6.4.- Clases de pruebas.

La doctrina elaboró una división de la prueba teniendo en cuenta su resultado final, es decir, la valoración que el juez pueda hacer de las pruebas practicadas conforme a los baremos que determinan su apreciación y consecuentemente el grado de vinculación que para el órgano jurisdiccional impliquen sus resultados.

Ya desde los autores clásicos (Antonio Gómez, Barbosa), se agrupan las pruebas según su resultado en dos grandes bloques:

- Pruebas plenas**

- Pruebas semiplenas.**

A) Prueba plena. Hay pruebas que hacen fe entera en juicio, es decir, son bastantes para condenar,⁶⁸ son enteras y hacen tanta fe que bastan para definir la controversia,⁶⁹ siendo sus argumentos los que demuestran sin dejar duda la verdad del hecho controvertido, y por consiguiente, instruyen lo bastante al juez para que pueda dar la sentencia.⁷⁰ Como se ve, los autores basan el carácter de prueba plena en la cualidad de definir la verdad sin dejar duda de lo que se está diciendo, y por lo tanto y por sí mismas resuelven el conflicto planteado entre las partes de forma que el juez no tiene dudas sobre como ha de fallar en su sentencia.

⁶⁷ LALINDE ABADÍA, Ob. Cit. Pág. 786.

⁶⁸ JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pág. 293.

⁶⁹ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 122.

⁷⁰ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 87.

Este tipo, o especie según los autores, agrupa a las pruebas más usuales y utilizadas en los pleitos, tales como el juramento, la confesión de parte, la prueba testifical, los instrumentos, el reconocimiento o vista del juez, la evidencia de hecho y las presunciones.⁷¹

Confesión sería el otorgamiento o conocimiento que la parte hace contra sí en juicio; **los testigos** narran correctamente los hechos, y hacen tal prueba que por razón de sus personas o de sus dichos no se pueden desechar; **los documentos** hechos por mano de escribano público; **los hechos evidentes** que deban ser creídos y válidos; **la presunción** que equivale a una gran sospecha que adquiere el valor de prueba, aunque las sospechas muchas veces no enciernen la verdad. **La vista del Juzgador** sobre la cosa objeto de la controversia, es bastante para poder decidir un pleito.⁷²

Ocurre que a la prueba plena se puede llegar por el camino indirecto de agrupar más de una prueba semiplena para así hacer fuerza de prueba plena.⁷³ En las causas civiles dos pruebas semiplenas la hacen plena, así, la confesión hecha fuera de juicio, que es una prueba semiplena, si a su vez es probada por al menos dos testigos hacen plena probanza, siempre que se refiera a una persona no ausente; si se refiere a una persona ausente, necesitará además un testigo, presunción o evidencia para hacer prueba plena.⁷⁴ Estamos en presencia del juego aritmético de valoración de las pruebas por el sistema de tasarlas y valorarlas: a una prueba incompleta, o lo que es lo mismo, no plena, se le suma otra a su vez no plena, y puede llegarse a sí a obtener el mismo resultado que el de la prueba plena o absoluta.

Es el sistema que permite al juez graduar el valor de las pruebas mediante una regla de

⁷¹ JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pág. 294.

⁷² P.P. 8.14.3.

⁷³ JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pág. 294.

⁷⁴ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 85.

tablas en las que se puede mover sumando o restando resultados para llegar al resultado final de obtener una prueba completa en la que poder basarse para resolver la contienda y así emitir su juicio.

B) La prueba semiplena es la que hace "alguna fe" pero no tanta que pueda el juez decidirse para dar la sentencia.⁷⁵ Es "media" y no bastante para condenar,⁷⁶ y son todas aquellas que no se definen como plenas,⁷⁷ tales como la escritura privada, la comparación o cotejo de letras, la confesión extrajudicial, cuando el demandado desaparece sin responder, la declaración de un único testigo, o la fama.⁷⁸

Hace así la doctrina romanista una elaboración en la que forma dos grandes grupos de pruebas, que como se ve entrelaza el valor de las pruebas con los medios utilizados: hay medios de prueba que obtienen el resultado de total convencimiento del juez por sí mismas, mientras que otros medios de prueba necesitan producirse en determinadas circunstancias o con determinadas garantías de número y calidad de las personas, para que puedan llevar al juez al convencimiento de la estimación o no estimación de lo pedido. O lo que es lo mismo, existen medios de prueba a utilizar por las partes que permiten al juez no dudar de los hechos que con ellos se prueban, y otros medios probatorios que necesitan de la concurrencia de determinadas circunstancias de tiempo y personas para que su valor probatorio sea total. Pero lo más importante a destacar de este sistema de tasación de las pruebas, es que la valoración no queda al libre arbitrio del juez, ya que éste se tiene que atener a las normas fijadas para tenerlas en cuenta en el momento de emitir su decisión.

⁷⁵ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 122.

⁷⁶ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 84.

⁷⁷ JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pág. 294.

⁷⁸ TAPIA, Ibidem.

Nos encontramos ante una obligación para el juez que no deriva de las normas legales, **son normas de uso en los tribunales**, cuyo origen no está propiamente en la práctica de los mismos, sino en una elaboración doctrinal previa⁷⁹; la doctrina crea el sistema como una garantía para las partes en litigio en cuanto a que lo que el juez valora para dictar su sentencia no esté basado en su convicción personal, sino en unos límites de control de la valoración; el sistema pasa a la práctica por la propia ósmosis interrelacionada entre jurisprudencia doctrinal y jurisprudencia práctica, y se aplica en el hacer procesal como si de una norma con fuerza vinculante de ley se tratara.

La valoración legal y tasada de las pruebas procesales se aplicó a lo largo de todo el período de Antiguo Régimen jurídico, hasta que con la codificación se introdujo la posibilidad de la valoración de las pruebas procesales por el íntimo convencimiento del juez.

Tenían su sentido uno y otro sistema: en el mundo procesal de Antiguo Régimen, la práctica de las pruebas no se realizaba a presencia de la persona que tenía que decidir y fallar, era el escribano ante quien declaraban los testigos, quien cotejaba escrituras y hacía las diligencias probatorias; aunque en ocasiones asistía el juez, en otras muchas era **la documentación procesal de la prueba**, la constancia en autos, la que le servía para tomar la decisión, como una sumisión más al rigor del principio de escritura.

Con las ideas que influyeron en la Codificación, se introdujo la obligatoriedad de la **inmediación** del juez en la práctica de la pruebas, de forma, que partiendo de su conocimiento directo de la actividad probatoria, fuese su convencimiento personal el que decidiese finalmente la solución a tomar. La rigidez del sistema tradicional podía llevar a resultados absurdos en la valoración probatoria, dada la facilidad con que se podían componer pruebas plenas a base de

⁷⁹ Dentro del proceso privado este aspecto de la prueba legal y tasada remite al Derecho Canónico y a la formulación que sobre él hace la escolástica

semiplenas. Era un poco el sistema de lo no racional, pero se entendió como un valor de control y de garantía de resultados, frente a una mejor eficacia en las decisiones finales.

Siguiendo nuevamente a los autores y sus clasificaciones, las pruebas, según la forma en que se hace, puede ser de distinto tipo; la prueba que se hace en juicio se llama judicial, y la que se lleva a cabo fuera de el, extrajudicial. Se llama prueba evidentísima a la que se hace por privilegios y escrituras auténticas; y plenísima la que se hace por evidencias y otros medios que no dejan duda. Es prueba clara la que se hace por testigos u otras formas parecidas; se llama menos evidente la que se consigue por conjeturas o presunciones, y legítima, la que se hace por testigos, instrumentos o por otros medios reconocidos por el derecho. Finalmente, es prueba mixta, la que se compone de dos semiplenas encaminadas a un mismo fin.⁸⁰

Combina así el autor, siguiendo a **Antonio Gómez** en sus "Variaciones" los tipos tradicionales de prueba por los resultados que se obtienen con otros criterios según las características de cada tipo de prueba en base a circunstancias de calidad, lugar y composición.

6.5. EL RECIBIMIENTO DEL PLEITO A PRUEBA

El acto procesal de **recibir el pleito a prueba** es la llave que abre el periodo en el que las partes proponen las pruebas de las que se intentan valer, se hacen las probanzas, se publican y se concluye sobre ellas. El sistema preclusivo que informa todo el proceso privado, hace que un acto procesal sea la causa del siguiente, enlazándose unos con otros, pero además, determina que las actuaciones en un pleito formen parte de cada una de las fases en las que están inmersas; y las fases a su vez concentran determinados actos que reúnen entre sí características afines, pero sobre todo cierran la posibilidad de que una vez que una fase ha precluido se pueda volver a

⁸⁰ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 122.

realizar actuaciones propias de ella, y que no se puedan adelantar actos procesales que no se corresponden con los que se han de llevar a cabo en cada momento procesal.

Una vez que las partes han hecho todas las alegaciones y han concluido sobre ellas, ha finalizado la fase inicial o de alegaciones. De aquello que han alegado en sus escritos de demanda, contestación y segundas alegaciones, si consideran que necesita hacerse prueba sobre ello, le pedirán al juez que reciba el pleito a prueba, que es tanto como iniciar todas las posibilidades de la fase probatoria. En el sistema procesal de influencia romano-canónica, en el que el impulso procesal de oficio es tan escaso, y en el que es la actividad y la iniciativa de las partes la que determina la marcha procesal, al juez casi le corresponde un papel de imparcialidad, papel en el que se encuentra como un mero espectador de aquello que las partes hacen en el pleito. En el caso de la prueba, a las partes se les concede la posibilidad ilimitada de pretender del juez que se hagan todas aquellas pruebas que considere convenientes para llegar al convencimiento del juzgador sobre la veracidad de sus pretensiones, y aunque el juez, en principio tiene la facultad de admitirlas o rechazarlas, pesa mucho en la realidad procesal el hecho de que el propio juzgador, al saber que tiene que decidir sobre la contienda planteada, lo hará en mejores condiciones cuantos más datos tenga para ello. De ahí que, la parte pide y el juez ordena; la parte propone al juez que se hagan determinadas probanzas, y el juez ordena que se lleven a cabo. Se establece un escenario en el que las partes hacen sus pruebas, y el juez en la platea observa a distancia lo que allí ocurre. A veces, ni está sentado para presenciar la actuación de los testigos; sencillamente espera a que la representación termine, y que lo documentado le sea entregado para, viendo los autos, tomar su decisión. En este escenario las partes son a la vez actores, tramoyistas, y regidores, dejando en algunos casos al juez la dirección escénica.⁸¹

⁸¹ Para entender esta posición de inactividad del juez frente a las peticiones de las partes en el momento de solicitar que el pleito se abra a la prueba, hay que tener en cuenta el gran peso que los principios

El acto procesal del recibimiento a prueba. El recibimiento del pleito a prueba es un acto formal del órgano jurisdicente, a petición de las partes, por el que se posibilita toda la actividad probatoria. Él es la puerta para poder proponer las pruebas de las que se intenta valer cada parte, y el momento a partir del cual, con limitación de tiempo, se van a llevar a cabo la realización material de los actos probatorios. Una vez conclusos los autos, tanto si lo piden las partes o si los tiene el juez como tales con dos escritos de cada una, debe el juez en los seis días siguientes dictar auto o sentencia interlocutoria en el que los reciba a prueba.⁸² Legislativamente este momento procesal se apoya en la Pragmática dada por los Reyes Católicos en las Ordenanzas de Alcalá en 1503,⁸³ en la que se dispone que con dos escritos presentados por las partes el pleito sea tenido por concluso, aunque las partes no concluyan, tanto para la sentencia definitiva, como interlocutoria o de recibimiento a prueba. Pero como lo más frecuente es que las partes no han probado todo lo que ya han dicho en sus escritos, el juez dicta un auto en el que acuerda que se le traigan los autos a la vista para valorar si es necesario hacer las pruebas o no, en cuyo caso debería dictar sentencia.⁸⁴ Este auto de mero trámite implica **la citación de las partes**, es decir,

inspiradores en proceso civil o privado tenía el Derecho Canónico y su influencia desde el Derecho Común. En este Derecho el juez podía estar excluido de decidir sobre el recibimiento a prueba por convenio de las partes (Ver MALDONADO y GALLEGOS MORRELL). En el marco de la justicia como una gestión pública no cabe entender esta posibilidad, ya que los convenios entre partes quedan excluidos por la misma esencia del hecho procesal, pero si puede servir este antecedente para colocar en su lugar histórico la falta de impulso procesal que atenaza al juez en este momento de decidir sobre la conveniencia o no de la prueba.

⁸² TAPIA, Ob. Cit. Pág. 120.

⁸³ N.R. 9.6.4.

⁸⁴ ÁLVAREZ, Instituciones, pág 240.

Dentro de la más pura mecánica procesal, el juez no tiene los autos ya que las actuaciones procesales, materialmente hablando, están en poder del **escribano de la causa**. La documentación procesal encomendada al escribano hace, unido a la no identificación de los espacios jurisdiccionales (escribanía/casa del juez), que los autos **se le lleven al juez** cuando tiene que resolver. El rizamiento del rizo se produce cuando el juez tiene que acordar en las actuaciones que le traigan los autos a la vista, ya que no los tiene materialmente cerca para verlos.

En la realidad práctica, se daba pocas veces la circunstancia de que el juez dictase sentencia en base a lo alegado sólo en la primera fase procesal; sólo se producía esta circunstancia en aquellos procesos acogidos a la sumariedad o a la simplificación, como las ejecuciones y en algunos asuntos de jurisdicción voluntaria. Lo frecuente era que el juez basándose en las conclusiones de las partes, abriera el período probatorio. Esta

se llama a las partes para que estén presentes en el acto de ver los autos el juez, vista de la que depende la toma de decisión de recibir el pleito a prueba, o por el contrario dictar sentencia y considerar que los hechos están suficientemente probados con lo dicho por las partes en sus respectivos momentos procesales para alegar, sobre todo si existe confesión de alguna de ellas o reconocimiento de lo alegado. Esta citación de las partes nace del principio contenido en,⁸⁵ por el que las pruebas han de ser hechas ante el Juez que ha de fallar, y no ante la parte contra la que se actúa; pero al mismo tiempo, se abre la posibilidad de que se llame a la parte contraria para que esté presente en la práctica de las pruebas pedidas por su oponente en el pleito "como quiera que esto se debe hacer estando ella delante y deben después darle traslado". Ahora bien, una vez tenido el pleito por concluso, y señalado día y hora para la vista, auto que se notificará lógicamente a ambas partes,⁸⁶ el juez ha de ver los autos. La vista se plantearía en principio de diferente manera según sea en Audiencia o Chancillería o ante Alcalde o Corregidor. La estructura y la mecánica procesal de un tribunal colegiado determina la necesidad de que se hagan **relaciones de los procesos**.

Las relaciones hechas por los Relatores

El Relator no sólo se limitaba a hacer un resumen de lo que se había actuado en el pleito, sino que también debía informar sobre los defectos que observara en el procedimiento, para que a su vista los jueces ordenaran subsanar los vicios encontrados o bien decretaran inmediatamente el auto proveyendo sobre el término que se debía conceder en razón a la

limitación que tenía el juez para intervenir en las decisiones de las pruebas, y que era inversamente proporcional con la gran capacidad de decisión de las partes, se venía a corregir finalmente mediante las diligencias para mejor proveer que venían a facilitar al juez el medio necesario para poder realizar actos de prueba antes de dictar su sentencia, por considerar que lo que se había llevado a cabo hasta ese momento era insuficiente para tomar su decisión de fondo.

⁸⁵ P.P. 7.14.3.

⁸⁶ MARTNEZ SALAZAR, Ob. Cit. Pág. 156.

naturaleza de la causa.⁸⁷

Las partes no pedían que se hiciese la relación, a no ser que existiese un interés especial en que en la misma se incluyesen determinadas circunstancias procesales. Así, en Chancillería en un pleito de alimentos seguido en primera instancia, la parte demandante dice:

"[...] que se halla concluso para prueba, y sobre que a mí parte se le habían de dar los precisos [alimentos] para su manutención, al derecho de mi parte conviene que al tiempo que se haga relación se haga también de la demanda que sobre estos mismos alimentos puso la contraria a su padre y providencias que en ella se tomaron".⁸⁸

En la misma petición de conclusos, la parte que lo dice se refiere a la relación que ha de hacerse, como un acto procesal consecuencia de la situación de conclusos para prueba.⁸⁹

Al estar los autos, es decir la materialidad del proceso en las Escribanías correspondientes, una vez que se concluían, debía el escribano numerar los folios de que constaba, y una vez hecho y anotados los derechos que debía percibir el relator, lo pasaba al Acuerdo con el fin de que allí se repartiese al relator que debía hacer la relación del pleito.⁹⁰ Una vez encomendada la relación a un relator mediante auto, éste debía hacerla por escrito si la conclusión era para sentencia definitiva o verbalmente si era para interlocutoria, o bien la cuantía de la reclamación objeto del pleito no superaba los 5.000 maravedis. La relación, cuya elaboración se encomienda personalmente a los relatores, sacándolas ellos mismos y en sus casas

⁸⁷ M.P. ALONSO, Ob. Cit. Pág.239. Remite a dos acuerdos recopilados en las Ordenanzas de la Audiencia de Valladolid, II,2,8,

⁸⁸ CHAN. VALL. P.A. 2987-2

⁸⁹ Y esta relación se hace como un resumen de supuestos de hecho.

⁹⁰ N.R. 3.17.2.

sin encargárselas a otras personas,⁹¹ era un resumen procesal que servía de base para la toma de decisión de la Sala. Así pues, el esquema del sistema era: escribanía-acuerdo-relator-jueces. Se evitaba la relación directa entre escribanos y relatores, ya que la adjudicación de los asuntos la hacía el Acuerdo, y a los relatores se les prohibía recibir procesos sin que les fuesen encomendados, y a los escribanos dárseles, debiendo llevárselo al oidor correspondiente para que lo encomiende, prohibiendo expresamente entregárselos. Deben llevar los procesos enteros para que se entienda bien la calidad de los negocios.⁹² A su vez, el hecho de encomendar un proceso a un relator debe estar exento de toda negociación y sujeto a lo establecido en las ordenanzas.⁹³ El sistema, originado por lo voluminoso de la documentación, como una medida para que los jueces tuviesen mejor conocimiento de lo que el proceso o los autos contenía, se fue trasladando a los órganos unipersonales; pero como en en estos órganos no había relatores, las relaciones de los pleitos las hacían los escribanos.

Que esa era la realidad nos lo constatan dos leyes dadas para evitar que se produjesen estas situaciones. En 1539, en las Ordenanzas de Toledo, Carlos I, a una petición de Cortes, ordena que los jueces inferiores no tengan relatores, sino que vean por sí los procesos, ya que se derivan grandes inconvenientes del hecho de relatar los escribanos los procesos a los jueces para que sentencien.⁹⁴ Cincuenta años después, en las Cortes de Madrid, Felipe II, también como consecuencia de una petición, ordena que los jueces para sentenciar vean los procesos por ellos mismos, **y no por relación de sus escribanos.**⁹⁵ La insistencia de la norma hace pensar como

⁹¹ N.R. 5.17.2.

⁹² N.R. 5 y 8. 17.2.

⁹³ N.R. 4.17.2.

⁹⁴ N.R. 17.17.2.

⁹⁵ N.R. 6.10.4.

en tantas otras situaciones, que los escribanos de los Alcaldes y Corregidores hacían relación de los pleitos, lo que suponía dos posibles disfunciones: en primer lugar, el juez no veía por sí mismo los autos, y en segundo lugar, la relación sacada por el escribano, sin citación de las partes, no ofrecía las garantías de una relación hecha por un relator, como persona cualificada para ello. Pero la práctica era esa, como muy bien nos lo dice **Tapia**, al haberse hecho práctica en todos los Tribunales de la Corte, y en algunos de otros pueblos, que se pida señalamiento de día para verlos, citándose a las partes; como el hecho de que los escribanos hagan relación a presencia de los litigantes o de sus letrados.⁹⁶ Para los autores prácticos, era ésta la forma más frecuente de actuar, hasta el punto de que en sus manuales de práctica procesal, en los que se contenían instrucciones detalladas de como actuar en los juicios, se decía que “después de citadas las partes pasará el escribano de número a hacer relación al juez para lo que formará memorial o apuntamiento del pleito, para en su vista proveer auto para recibir la causa o prueba”.⁹⁷

De nuevo aparece la contradicción entre el Derecho Real y la práctica procesal; uno prohíbe y la otra recomienda hacer lo prohibido con total olvido de lo que la ley pretende que se haga; de ésta forma, la decisión de si el pleito debe ser o recibido a prueba, decisión propia del juez en base a lo alegado y ya suficientemente probado, no se toma viendo personalmente el juzgador lo que los autos contienen, no sólo de lo alegado por las partes, si no también de las Escrituras presentadas y de las informaciones hechas; se toma en base al resumen o relación del pleito que le hace el Escribano, en la mayoría de los casos verbalmente

Una vez que el juez ha visto los autos, con o sin relación, debe tomar la decisión consistente en dictar sentencia definitiva o acordar que en el juicio deben ser practicadas

⁹⁶ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 121.

⁹⁷ MARTÍNEZ SALAZAR, Ob. Cit. Pág. 157.

determinadas pruebas. Como ya se ha dicho, son las partes las que en sus escritos de conclusión piden que el pleito sea recibido a prueba, y aunque en la mayoría de los casos el juez accede a esta petición, debe primero valorar si es realmente necesario hacer la prueba, o si por el contrario, teniendo suficientes elementos de juicio dictar sentencia sin más trámite. Tanto si lo pide o no la parte, aunque lo frecuente es que así sea, si el juez estima que no tiene con lo que se ha actuado suficiente convicción de lo que las partes tienen alegado, toma la decisión de abrir la siguiente fase del proceso, que al mismo tiempo que cierra toda las posibilidades a las partes para volver a alegar, permite que, a propuesta de éstas, se hagan determinados actos procesales encaminados a que los hechos alegados y fijados en la primera fase procesal, la de alegaciones, adquieran la dimensión de ciertos para el convencimiento de la persona que tiene que enjuiciar finalmente la contienda tomando la decisión que la cierra, es decir, la sentencia.

La acuñada expresión forense "recibir el pleito a prueba" tiene un contenido de **aprobación o de admisión**; el juez admite a prueba lo que las partes le proponen, y en consecuencia **abre** la posibilidad de que ejerciten determinadas actuaciones, regladas y tasadas, dentro de un marco temporal rígido que también le corresponde fijar al propio juez que toma la decisión de que el pleito pase a la fase de prueba. Significa facilitar la instrucción probatoria, ofreciéndose a las partes la posibilidad de realizar actos de prueba. Esta decisión judicial, no es una decisión de mero trámite, pero tampoco afecta al fondo, sino al impulso del proceso, de ahí que se hable de auto de recibimiento a prueba y de sentencia de prueba indistintamente.

La ley habla de **sentencia**: *concluso el pleito [...] den sentencia en que reciban las partes a prueba sobre todo lo que en ello han dicho y alegado.*⁹⁸ Fue la práctica, sobre todo la tardía, la que introdujo la ambivalencia de los términos auto/sentencia de prueba; **Monterroso y**

⁹⁸ N.R. 1.6.4.

Alvarado, que escribió y trabajó en el último tercio del siglo XVI, habla de sentencia de prueba, en la que el juez decía que debía recibir a ambas partes juntamente a la prueba, de lo que habían dicho y alegado; dándose el término, para que dentro de él hagan las probanzas.⁹⁹ **Muñoz**, escribe su "Práctica de Procuradores", en 1612 y habla también de sentencia que ha de dar el 'juez en los seis días después de la conclusión del pleito, aunque en el párrafo siguiente habla de auto de prueba.¹⁰⁰ En realidad, la mayoría de los prácticos, (Álvarez, Escolano de Arrieta, Tapia, Conde de la Cañada) hablan sólo de auto de prueba, y no de sentencia. En cualquier caso, esta cuestión irrelevante, sólo conviene matizarla en el sentido que le da la ley, cuando distingue las sentencias interlocutorias de las definitivas,¹⁰¹ para lo que hay que tener en cuenta que las sentencias interlocutorias no resuelven la cuestión planteada en el proceso, como sí lo hacen las definitivas,¹⁰² pero tampoco son simples resoluciones de trámite o impulso procesal. Hqe no afecten al fondo del asunto, no quiere decir que sólo se resuelva una cuestión de mera tramitación procesal; implica, es indudable, una toma de postura del juez sobre el estado del proceso en un momento en que debe decidir si puede o no puede fallar el pleito; supone por lo tanto una valoración jurisdiccional previa a la toma de decisiones, y por otro lado, en un momento en el que la sentencia definitiva puede ser decidida; de ahí que se hable de sentencia y no de auto. La evolución hizo que con la práctica, en la que se recibía siempre a prueba los pleitos en los que las partes solicitaban el recibimiento, esta decisión dejase de tener el peso de valoración previa para la toma de una resolución, por lo que se habló normalmente de auto de

⁹⁹ MONTERROSO Y ALVARADO, Práctica civil y criminal e Instrucción de Escribanos, Fol 15.

¹⁰⁰ MUÑOZ, Práctica de Procuradores, fol. 20.

¹⁰¹ N.R. 1.17.4.

¹⁰² "dicese interlocutoria esta sentencia porque con ella no se acaba el pleito y negocio principal, antes espera tras si otra sentencia para acabarle" MUÑOZ, Práctica de Procuradores, fol.20.

recibimiento a prueba. La fórmula, tan simple como todas las utilizadas por los jueces para tomar decisiones, era la de *Vistos, recíbese esta causa a prueba*, o más extensamente, *recibo las partes a prueba sobre lo que se trata este pleito, y lo que de derecho ha lugar, y no prueba impertinente y superflua, y en esto las recibo y no en más*,¹⁰³ añadiéndose el término que se concede a las partes para proponer y practicar las pruebas.

La precisión hecha de que lo **impertinente en derecho y lo que no se admita**¹⁰⁴ se hace como una advertencia, ya que si se consiente y se da lugar a que los litigantes hagan probanzas excesivas, y no haciendo caso al pleito son impertinentes, el juez que lo consiente está obligado a pagar las costas y gastos que se le produjeran a las partes.¹⁰⁵

Este auto debe hacerse saber a ambos litigantes,¹⁰⁶ ya se siga el pleito en presencia de todos o con rebeldía de alguno.¹⁰⁷ En estos casos en los que la parte demandada está declarada en rebeldía, la ley previene expresamente, que cuando se libre carta receptoria, antes de usarla como tal la parte a la que se le conceda, ha de notificársele a la que está ausente, y en caso de que no se la encuentre, ante las puertas de su casa haciéndoselo saber a su mujer, hijos o vecinos más cercanos, de manera que se pueda establecer la presunción de que ha tenido conocimiento de la resolución.¹⁰⁸ Así se practicaba en el Consejo,¹⁰⁹ en donde el relator entrega el auto de recibimiento a prueba en la Escribanía de Cámara para su notificación a los procuradores de las

¹⁰³ MONTERROSO Y ALVARADO, Ob. Cit. fol. 15.

¹⁰⁴ *salvo iure impertinentur, y non admitendorum*.

¹⁰⁵ Ibidem.

¹⁰⁶ ÁLVAREZ, Ob. Cit. Pág. 241.

¹⁰⁷ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 121

¹⁰⁸ N.R. 8.6.4.

¹⁰⁹ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 121

partes.¹¹⁰

Cómo se recibían los pleitos a prueba en la práctica

Si en la práctica lo frecuente era que las partes pidiesen el recibimiento a prueba,¹¹¹ y que no se denegase por los jueces, la decisión se plasmaba en los autos de diferente manera según se tratase de un pleito en Consejo, Chancillería o ante un juez unipersonal, Alcalde o Corregidor.

Dejando las pruebas de las apelaciones, las que Chancillería hacía en primera instancia se referían a casos de corte, y se resolvían linealmente, como la mayoría de las decisiones de los Oidores. Después de que la parte haya dicho que el pleito está concluso para prueba, recae una resolución de cuatro Oidores en la que escuetamente se dice que se recibe el pleito a prueba por término de veinte días.¹¹² En el mismo sentido se dicta el auto de recibimiento a prueba en el pleito de María González, viuda de Miguel Cubero, contra sus cuñados,¹¹³ según se desprende de la relación del pleito que aparece en los autos, en la que el relator dice que *se recibió la causa a prueba por auto por el término de la ley*.

En el Consejo podían los jueces ser más explícitos en el momento procesal de recibir el pleito a prueba; en 1750, en un pleito sobre posesión, goce y aprovechamiento de dehesa, la **sentencia de prueba** dice:

"Fallamos, recibimos el pleito y las partes de él a prueba. Para que lo dicho y alegado lo prueben por la vía de prueba que a su derecho convenga; *salvo iure impertinentium et non admitendorum*. Para hacer, traer y presentar plazo de treinta días comunes. Se les cite en forma por si quieren

¹¹⁰ ESCOLANO DE ARRIETA, Práctica del Consejo, pag. 357.

¹¹¹ En el CONDE de la CAÑADA el estilo de tramitar hacía más pesado y denso el curso procesal. Normalmente se dictaba sentencia de prueba y no de auto

¹¹² CHAN. VALL. P.A. 2987-2

¹¹³ CHAN. VALL. P.A. 3558-1.

nombrar personas presentes a ver y conocer los testigos".¹¹⁴

La resolución judicial, encabezada como "**sentencia de prueba**" arranca con una expresión de resolución definitiva: *fallamos* lo que le confiere un matiz de cuestión principal más que de mero trámite. Se recibe a prueba el pleito y "**a las partes de él**", lo que hace suponer que existen piezas incidentales al negocio principal; se añade que esta decisión va dirigida a probar lo dicho y alegado, según lo que convenga al derecho de cada parte, excluyendo las pruebas que se consideren impertinentes conforme a derecho. Se fijan los días del término de prueba, que en este caso son treinta, y se termina acordando que se cite a las partes para que estén presentes en la testifical.

No se resolvía este paso procesal de forma muy distinta en los pleitos que se seguían ante Alcaldes y Corregidores. En estas instancias de la Justicia, las actuaciones tenían más inmediatez que en las Chancillerías y en las Audiencias. Al escrito de conclusiones de las partes, en el que en el suplico se añade que *se ofrece a probar lo necesario*, el Alcalde Mayor de Segovia, en este caso, dicta auto en el que acuerda unirlos a los autos,¹¹⁵ para a los treinta días dictar un nuevo auto en el que dice que recibe el pleito a prueba, con vista de los autos, con término de siete días comunes a las partes para que en ellos justifiquen lo que en su derecho convenga.¹¹⁶ En el período de tiempo que media entre un auto y otro, el juez ha visto los autos, es decir a examinado lo actuado para valorar la necesidad de practicar pruebas o en caso contrario dictar la sentencia que resuelva el pleito. Considera que no puede resolver, y por lo tanto ha de recibir el pleito a prueba,

¹¹⁴ A.H.N. CONSJS. ESCRIBANÍA DE AYALA. 48450. Legajo. 1125. Se trata de un legajo que contiene diversos autos y sentencias entre 1750 y 1772.

¹¹⁵ Como ya se ha mencionada al hablar de la forma de las resoluciones judiciales y su lenguaje, esta decisión se hacía constar con un escueto: *autos*

¹¹⁶ A.H.P.S. J-1027/28.

y lo hace por un término escueto, sólo siete días, aunque tanto demandante como demandado no residen en Segovia, sino en Valseca y en la Roda; se añade también que en estos días las partes tienen que justificar lo que a su derecho convenga.

El mismo esquema procesal se sigue en el pleito sobre arrendamiento seguido en Segovia en 1757 entre el Boticario de Herreros y la propietaria de la casa que utiliza como despacho de botica y como morada. En él, después de alegar las partes, el juez acuerda unir a los autos, *y que se le traigan para en su vista proveer*; a los tres días, dicta un nuevo auto:

"[...] habiendo visto estos autos y lo en ellos dicho y alegado por las partes litigantes, por ante mí el escribano dijo: los debía de recibir y recibió a prueba de justificar y todos cargos, para que durante ellos pidan, aleguen y prueben dichas partes y con ellas las contenga."¹¹⁷ El discurso procesal es en síntesis el mismo: las partes concluyen sus alegaciones, el juez acuerda que se unan a los autos, pide los autos para verlos; según el resultado de lo que ve ("en su vista") decide que se ha de probar los hechos, por lo que recibe el pleito a prueba para que las partes justifiquen según pidan. En realidad, a este esquema procesal poco más cabía añadir, salvo circunstancias concretas de cada asunto, como lo acordado en el auto de recibimiento a prueba en el pleito sobre samenamiento de tierras, en el que el juez, después de decir que ha visto los autos, recibe el pleito a prueba por término de quince días para que las partes digan, prueben y aleguen lo que les convenga, para lo cual sean citados los hijos, herederos y curadores de los menores que hasta el momento no hayan sido citados en esta nueva demanda, así como a los que resulten ser poseedores de las heredades hipotecadas.

Desde luego es infrecuente que en el momento procesal de resolver sobre la procedencia

¹¹⁷ A.H.P.S. J-1236/17.

o no de la prueba, el juez decida llamar a otras personas al proceso, citándoles a la prueba.¹¹⁸ No se trata de la constitución en parte procesal, sino de la citación para que las pruebas se hagan en su presencia. Hay que llamar la atención sobre dos aspectos: en primer lugar, el juez sí ha visto realmente los autos; no estamos como en otros casos ante una mera fórmula procesal que hace recaer una decisión que puede ser inútil, sino que el hecho de que el Corregidor de Olmedo, en funciones en este caso, se haya dado cuenta que han de ser llamadas a la prueba determinadas personas que pueden tener un interés determinado en el pleito, aunque no sean ni puedan ser partes procesales, hace pensar que se ha estudiado las alegaciones que las partes han hecho y los instrumentos que hayan presentado hasta el momento. La citación de las partes, aunque necesaria no siempre se acuerda en el auto de prueba. Sí lo hace el Alcalde Mayor de Villa Vieja cuando acuerda recibir a prueba, después de ver los autos, el pleito sobre la propiedad de un molino, diciendo expresamente que se hará la prueba citando a las partes.¹¹⁹

Se está pues ante resoluciones jurisdiccionales, no de fondo, que suponen una toma de decisión del juez sobre la necesidad o no de practicar prueba, son por lo tanto más que un mero impulso procesal, ya que abren la posibilidad de practicar las partes sus pruebas. Estas decisiones tienen que pasar por la vista de los autos por el juzgador para poder valorar la conveniencia o no de que se practiquen las pruebas, ya que en caso de no ser necesarias deberá dictar sentencia.

6.6. EL TERMINO DE PRUEBA Y SUS PRÓRROGAS.

En el auto o sentencia en el que el juez recibe el pleito a prueba, debe fijar el término o plazo en el que las pruebas se ha de llevar a cabo. Plazo para probar es *el espacio de tiempo que*

¹¹⁸ CHAN. VALL. P. A. 3782-4

¹¹⁹ CHAN. VALL. P.A. 2792-3.

da el Juzgador a las partes para responder, o para probar lo que dicen en juicio, cuando fuere negado.¹²⁰ El sentido común que informa a **Las Partidas** hace explicar el por qué de la necesidad de que existan plazos para probar: para que las partes puedan buscar abogados que les aconsejen, o para que tengan tiempo de saber responder a la demanda que les hacen [...] o para que puedan aducir el juicio testigos o privilegios o cartas para probar y averiguar lo que cumple a sus pleitos [...]. Lo que se pretende es **dar tiempo** a las partes para que puedan encontrar argumentos y los medios de probarlos; no se pretende por lo tanto la exigencia a las partes para que demuestren lo que alegan en la inmediatez de las alegaciones, si no que se frena la perentoriedad del discurso alegatorio para **dar un tiempo a las partes** con el fin de que articulen la forma y manera de demostrar al juez como verdad lo que ya han dicho . Por ello, continúa en la ley siguiente diciendo que *deben los Juzgadores dar plazo a las partes para probar cuando las razones que dijeren por sí les fueren negadas*, entendiéndolo como una obligación del juez en el proceso. El resto de la legislación Real, más pragmática y menos didáctica que Las Partidas elude como en otros casos las definiciones de los términos que utiliza, y se limita a fijar los tiempos para la práctica de prueba, que llama en estos casos **término** desvinculándose de la denominación de **plazo**.¹²¹

La Doctrina, o bien se remite a la definición de **Las Partidas**,¹²² o bien elabora sus conceptos, pero siempre refiriéndose a "término" más que a plazo.¹²³ Término, o *dilación*, en el lenguaje forense es lo mismo que espacio de tiempo que se concede al reo o al actor para evacuar

¹²⁰ P.P. 1.15.3.

¹²¹ N.R. 1.6.4.

¹²² Es el discurso de JORDÁN DE ASSO, que sigue, en lo que puede, la línea argumental de LAS PARTIDAS utilizando sus definiciones. En la obra citada, pág. 306.

¹²³ GÓMEZ NEGRO, JUAN Y COLOM, MARTINEZ SALAZAR, ÁLVAREZ, CONDE DE LA CAÑADA, MONTERROSO Y ALVARADO, ZÚÑIGA Y ESCOLANO DE ARRIETA.

algún acto judicial,¹²⁴ con carácter general, y en cuanto al término probatorio, es *el que se da al que quiere acreditar su derecho, o el que se concede al actor y reo para probar su intención y sus excepciones después de contestado el pleito.*¹²⁵ En resumen, es el término o plazo probatorio, el espacio de tiempo que el juez concede al actor y al demandado para que hagan la prueba de la que se intentan valer y así probar sus intenciones.

6.7.- LA CUESTION DE LA DURACION DE LOS TERMINOS PROBATORIOS Y SUS POSIBLES ALTERACIONES POR EL JUZGADOR.

1º. La modificación de los plazos para probar y sus prórrogas.

El lapso de tiempo que se concede a las partes para que hagan sus pruebas, ha de ser fijado por el juez en el propio auto de recibimiento a prueba, conforme a los tiempos que las leyes señalan, ya que no se pueden dejar a la libre voluntad o decisión del juez, pues no los pueden fijar según el albedrío de su voluntad, sino cuando existe razón que lo justifique.¹²⁶

Las leyes reales, como en otros casos no son coincidentes; **Las Partidas**, hablan de que se pueden conceder a cada una de las partes, hasta tres plazos para probar, en los que sólo aquella que lo solicita tiene que demostrarle al juez que existió algún impedimento para hacer la prueba en el primero de los plazos concedido; así las cosas, aún puede conceder el juez un cuarto plazo cuando la parte jure que no puede hacer las pruebas en los que se habían dado anteriormente. Lo que no dicen **Las Partidas** es cual será la duración de los plazos, lo que hace entender que los días que integraban los plazos probatorios los fijaba el juez a su voluntad. Así la situación, se

¹²⁴ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 180

¹²⁵ Ibidem.

¹²⁶ P.P. 3.15.3.

añade lo dispuesto por **Los Reyes Católicos**, en las Ordenanzas de Madrid de 1502,¹²⁷ en las que se establecen el término (en singular) que se ha de fijar en la sentencia de prueba, tanto para probar como para presentar la probanza; se faculta a los miembros del Consejo, al Presidente y Oidores de la Audiencia para abreviarlo. Pero lo más determinante de esta disposición, que viene a indicar que intenta evitar el problema existente de exceso y descontrol de los plazos, es cuando dice que estos plazos son únicos y el término es perentorio, sin que se pueda dar más término y prórrogas al ya concedido, lo que nos habla de la flexibilidad de los plazos probatorios. Equivale a decir que una vez pasado el término y hecha la publicación de probanzas, no se puedan recibir más pruebas, salvo que la parte tenga privilegio de restitución.¹²⁸

Como constatación de esta realidad práctica es muy ilustrativo lo que nos cuenta **Monterroso y Alvarado** en lo que epigrafea como *Prorrogación del término [de prueba]*. Explica el autor que algunas veces en los pleitos, "se pide más término y el juez lo da, y prorroga algunas veces, pidiéndolo las partes, ya sea por petición o de palabra ante el escribano; comparecía el interesado y decía que el pleito fue recibido a prueba por un término que resulta breve, por lo que pide al juez que se le prorrogue por unos días más. A esta petición el juez decía que prorrogaba el término para las partes. Pero además de estas prórrogas, suelen las partes pedir otras mayores prorrogaciones, que llaman tercera, cuarta y quinta dilación, y ferias de pan y vino coger".¹²⁹ El juez puede dar los términos o denegarlos, cuando se le piden con malicia.¹³⁰

El cómo la práctica y los autores interpretan y compaginan la existencia de dos leyes

¹²⁷ N.R. 1.6.4.

¹²⁸ N.R. 5.6.4. y 3.8.4. JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pág. 306.

¹²⁹ Se está refiriendo al motivo de imposibilidad de traer a los testigos por encontrarse realizando trabajos agrícolas estacionales.

¹³⁰ MONTERROSO Y LAVARADO, Ob. Cit. folio 16.

contradictorias entre sí, se hace con eminente sentido práctico: no se tiene por derogada ninguna norma, sino que más bien se entiende que ambas están vigentes y son aplicables. Para ello se establece como norma general la de la **Recopilación** en el sentido de que se concederá a las partes para sus pruebas un único término probatorio; ahora bien, de forma no ordinaria, se puede conceder hasta tres veces el término de probar, debiendo la parte que lo solicite motivar y probar su necesidad, y para la tercera vez, demostrar el impedimento que tuvo para hacer la prueba en el segundo plazo.¹³¹ Relacionada con la cuestión del único término probatorio, la doctrina y la práctica nos remiten a situaciones producidas, no por la concesión de nuevos plazos, sino por **la posibilidad de que el juez haga variar la duración, el número de días, que integran cada período de tiempo para probar**. Aunque la ley es muy clara: *los términos y plazos son perentorios con apercibimiento que no les sea dado otro término, ni éste les sea prorrogado, ni éste se les pueda prorrogar ni largar*, es cierto que previamente ha dejado en manos del juzgador la posibilidad de *abreviar los dichos términos y cada uno de ellos, acatada la claridad de la causa y personas, y cantidad y distancia de los lugares donde se han de hacer las probanzas, y que no los puedan largar*. Partiendo de éste supuesto, se entiende que los términos que la ley fija, y de los que hablaremos a continuación, tienen el carácter de máximos, pero dentro de ellos el juez está facultado a ceñirse a los tiempos que considere necesarios en función de la calidad, cantidad y distancias geográficas que influyen en la forma y tiempo de hacer las pruebas. De ahí, que pueda el juez conceder a los litigantes el término que considere que necesitan para probar su intención, pues está en su mano abreviarlo, según considere que debe adaptarse a las necesidades de cada proceso [...]; pero no puede ampliar el prescrito por la ley, ya que la ley se

¹³¹ P.P. 3.15.3. JORDÁN Y ASSO, Ob. Cit. Pág. 307.

lo prohíbe expresamente.¹³²

La explicación de la doctrina se basa en los criterios de generalidad y particularidad:

"porque las leyes se establecieron para los casos comunes, y los legisladores no pudieron tener presentes los extraordinarios que pueden ocurrir, ni se puede autorizar de justo el que por falta de término suficiente queden indefensos los litigantes, dejaron al prudente arbitrio del juez su ampliación, restricción y revocación."¹³³

Por lo tanto, la facultad concedida a los jueces para que a su arbitrio acomodasen los plazos probatorios a las necesidades reales de las pruebas que tenían que practicar las partes, partiendo de la calidad del proceso, se acaba convirtiendo en la facultad de acortar y de alargar los plazos, pese a las limitaciones que vienen impuestas por leyes reales. A lo dicho hasta ahora, conviene tener en cuenta el comentario que recoge **Tapia** a pie de página, y que atribuye a **Febrero** en la edición reformada:

"Los intérpretes arrogándose la máxima autoridad, y haciéndose superiores a la misma ley, dan a los jueces amplias facultades para ampliar las dilaciones.¹³⁴ El legislador instruido por una dilatada experiencia de la malicia de los litigantes, coartó los términos para abreviar los pleitos: y a pesar de esto los intérpretes parece que se empeñan en eternizarlos abriendo una anchurosa puerta a los enredos y fraudes. La ley concede que los males que pueden originarse de no quebrantar o de observar con todo rigor los términos, son muy pocos en comparación de los innumerables que pueden ocasionar su violación, y sin embargo, los intérpretes sólo tratan de evitar los primeros sin

¹³² TAPIA, Ob. Ci. Pág. 180.

¹³³ Ibidem.

¹³⁴ El mismo TAPIA nos dice que la expresión *dilación* en lenguaje forense es lo mismo que término a plazo que se concede a las partes en el proceso (Ibidem)

poner la atención en los segundos."¹³⁵

Vuelve a sentirse la vieja y permanente pugna entre dos conceptos de la Justicia que se van diversificando con las evoluciones del pensamiento jurídico, en función de la mayor importancia que va adquiriendo el individuo y las garantías que necesitan los súbditos cuando pretenden que el Estado/Monarca solucione sus conflictos de intereses surgidos en el ámbito de lo privado, y que han de ventilarse en el ámbito de lo público. Por una parte, la acuciante insistencia de la Monarquía en que los pleitos dejen de ser procesos complicados, largos y costosos tendiendo en sus leyes a que se abrevien suprimiendo actuaciones superfluas y acortando los tiempos procesales, o al menos evitando que se alarguen innecesariamente. Y la doctrina, el pensamiento jurídico y la práctica procesal por otro lado, argumentando en favor de la efectividad de la Justicia como un derecho innato al ser humano, es decir natural, y en consecuencia, para evitar que se puedan producir situaciones en las que por falta de actividad o tiempo procesal, las partes no puedan ver satisfecha su demanda de justicia solucionadora de problemas, permiten que las normas sean interpretadas tan ampliamente que pierden su verdadero carácter. Así, para que por falta de tiempo no queden las partes sin poder probar sus derechos y alegaciones, los plazos probatorios pueden ser prorrogados, quizás en detrimento de la eficacia del pleito, que por su prolongación deja de resolver las situaciones en el momento preciso. Es el mismo sentido el que hace a los jueces admitir pedimentos innecesarios argumentando que la negativa daría lugar al recurso de apelación del peticionario, y por consiguiente la prolongación del pleito sería inevitable. Es toda una actitud colectiva de los elementos personales del proceso: las partes piden, aún sabiendo que lo que piden lo prohíben expresamente las leyes reales; y el órgano accede a lo solicitado, aún siendo contra lo legislado para evitar más actuaciones inútiles,

¹³⁵ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 180. nota a pie

mintiéndose todas de forma general, y sabiendo que se están mintiendo. Las mentiras procesales acababan así convirtiéndose en práctica y la práctica en norma para actuar.

Esta visión conciliadora también era tenida en cuenta por el resto de los autores prácticos del XVIII. Para el **Conde de la Cañada** las leyes vienen a conciliar

"el uso propio de la natural defensa y el que no abusen las partes de este saludable remedio convirtiéndose con malicia en dilaciones perniciosas contra la brevedad que se desea, y que es el objeto de toda la legislación, señalaron término competente para que puedan hacer sus respectivas probanzas [...]"¹³⁶

Considera el autor que los inconvenientes derivados de la legislación de **Partidas**, en cuanto a que permite que los plazos fueran tres para hacer la pruebas, se corrigieron con la disposición ya mencionada dada por los **Reyes Católicos** en las Ordenanzas de Madrid de 1502 ; el plazo que se da en esta ley como ordinario es un término "solo, continuo y perentorio, y excusa las providencias intermedias" que había que dar cuando se regulaba la prueba en tres plazos.¹³⁷

Siguiendo la línea argumental derivada de la legislación real para probar que es de un único término dentro del que pueden moverse el juez y las partes hasta el límite máximo marcado por la propia norma se entiende la prórroga como un movimiento dentro de estos márgenes temporales, ya que el término de prueba se puede prorrogar hasta ochenta días,¹³⁸ lo que hace entender la prórroga de los plazos no como un exceso sobre el término legal, sino una **prolongación del término probatorio inicial concedido por el juez y siempre sujeto al**

¹³⁶ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 96.

¹³⁷ Ibidem, pág. 97.

¹³⁸ MARTINEZ SALAZAR, Ob. Cit. Pág. 157

tiempo maximo fijado por la ley¹³⁹ Los jueces en principio no reciben a prueba por todo el término legal y sí lo hacen por un número limitado de días según las características del pleito; por ello, si las partes quieren utilizar la totalidad del término ordinario, sin que se entienda que se concede nuevo término, deben solicitar que se prorrogue las veces que se considere necesario, para lo que es indispensable que lo pidan dentro del concedido¹⁴⁰

Desde este punto por lo tanto se podría hacer una **distinción entre prolongación y prórroga**. Se entiende que se prolonga del término cuando se solicita dentro del concedido inicialmente y sin exceder de la totalidad del único y perentorio, o por decirlo en términos coloquiales, sin agotar el ya otorgado. Por el contrario, nos encontraríamos con una prórroga cuando de forma extraordinaria se pide del Juez plazo excedido del término legal. Si el litigante jura y justifica que durante el término ordinario no tuvo posibilidad de hacer su prueba, puede el juez conceder hasta un cuarto plazo, que se entiende como un término nuevo, ya que no se puede hablar de prórroga por haber finalizado; en estos casos se debe dar traslado de la petición a la parte contraria, para que en tres días digan lo que estimen sobre lo pedido, acordándolo el juez por auto que se notifica. Si ésta parte se opone y la peticionaria no justifica los motivos surgidos para no poder hacer la prueba en el término probatorio inicialmente concedido, el juez no accederá y si accede, contra su decisión cabe **recurso de apelación**.¹⁴¹ Se protege así el

¹³⁹ Si bien al final de esta etapa histórica, la propia mecánica forense actuó como una fuerza controladora y amortiguadora de una tendencia anterior a extrapolar y exceder los tiempos de las pruebas, esta situación existía, más o menos asentada y admitida por los prácticos. Así lo describe MONTERROSO Y ALVARADO en su tratado editado a mediados del Siglo XVI, y que siguió imprimiéndose hasta finales del S.XVIII

¹⁴⁰ TAPIA, Ob. Cit. Pág 182

¹⁴¹ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 182 y ss.

derecho de la parte a la que puede resultar gravosa la prórroga de la prueba.¹⁴²

En el caso de que la parte a la que se hace saber la petición de prórroga no la contradiga o la acepte, se puede conceder sin que el solicitante tenga que justificar los motivos por los que tiene que pedir esta prórroga; en este caso el peso de la decisión judicial debe basarse en criterios de equidad según el tipo y objeto del pleito, cual fué el término transcurrido y el motivo alegado para su prórroga,

"para que la parte no quede indefensa, respecto de no haber ley que trata de este caso específico, podrá no prorrogar el término que expiró, porque no hay materia sobre que recaiga la prórroga, sino conceder por equidad el que estime competente, para que en él haga la parte su prueba, **de modo que por defecto del suficiente no alegue estar indefenso**".¹⁴³

Pero lo mejor será ver desde las propias entrañas de los pleitos cómo se desarrollaba el sistema de pedir términos prorrogados. Cuando se ha analizado en éste mismo plano de la práctica procesal el **recibimiento a prueba**, hemos visto que los plazos probatorios no eran muy extensos y que variaban en cada caso sin que se igualasen. Pues, bien estamos en una muy clara actuación del arbitrio judicial; como ya hemos dicho, se entendía el plazo de la ley como el término máximo dentro del cual el juez se podía mover en función de lo que valorase del pleito para fijar los días que integraban el término para que las partes hiciesen sus pruebas

Forma de concederse los términos para probar en los pleitos

Ante el Corregidor de Olmedo, D. José Fernández de Córdoba, Abogado de los Reales Consejos, se pide una prórroga del plazo para probar; es en 1726 en un pleito sobre la evicción de la venta de unas tierras hecha por la generación anterior. El demandante dice que el pleito se

¹⁴² HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 83. Remite el autor a otro teórico del Derecho Civil, como es SALAGADO, ya que este criterio no tiene soporte en la legislación real.

¹⁴³ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 183.

recibió a prueba con cierto término,¹⁴⁴ que se ha cumplido, y necesita más días para hacer la probanza que le es conveniente; en consecuencia lo que pide es que el término para probar se prorrogue hasta los ochenta días de la ley. El juez accede a prorrogar, pero le concede de nuevo, como prórroga otros quince días.¹⁴⁵ Es también el demandante el que pide del juez una prórroga del término para probar en el pleito en reclamación de los réditos de la paga de un censo ante el Alcalde Ordinario del Estado general de la Villa de Iscar en 1750; al ser un pleito en ejecución de un censo, es decir, no es un pleito declarativo u ordinario, no se habla de recibimiento a prueba, sino de que *están encargados los diez días de la ley*, en los que no ha podido hacer la probanza que le compete, para lo que pide la prórroga a los ochenta días de la ley, aunque han trascurrido más de cuatro meses desde que se encargaron los diez días; el juez accede de plano a que se prorroguen los ochenta días de la ley.¹⁴⁶ En Chancillería, en los pleitos que se tramitaban en primera instancia por ser Caso de Corte, los términos eran más amplios; se dan cuarenta días para practicar la pruebas en el pleito en recalación de alimentos que hace un madre viuda a su hijo. El día 25 de Junio se recibe el pleito a prueba por veinte días; el 17 de Julio la demandante pide que se prorrogue otros veinte días, petición a la que la Sala compuesta por cuatro Oidores accede. Y aquí parece el demandado, cinco días después diciendo que el pleito se ha recibido a prueba por cuarenta días, y por ser muy breve y necesitar hacer probanza por instrumentos y testigos, pide que se le prorrogue a los ochenta días de la Ley, petición a la que accede la Sala.¹⁴⁷ Un año antes, en Segovia, ante su Alcalde Mayor, D. Juan Pérez de la Lastra, se sigue un pleito por una cuestión de arrendamientos, en el que se discute la resolución del

¹⁴⁴ Exactamente se recibió a prueba por término de quince días, en un auto dictado tres meses antes.

¹⁴⁵ A.H.CHAN. VALL. P.A. 3782-4

¹⁴⁶ A.H.CHAN: VALL. P.A. 3782-4.

¹⁴⁷ A.H. CHAN.VALL. P.A. 2987-2.

contrato a un boticario por necesitar la vivienda su propietario para sí; pues bien, en este asunto se recibe el pleito a prueba por quince días, y tres semanas después la parte demandante dice que la parte contraria pidió prórroga del término por ocho días, se entiende que comunes a las partes, lo que se concedió, pero durante este tiempo no ha podido [el solicitante] *evacuar la probanza a causa de hallarse los testigos que han de deponer en la más urgente ocupación del recogimiento de sus frutos del campo* por lo que pide segunda prórroga de ocho días, prórroga que el juez concede.¹⁴⁸ Igualmente se conceden dos prórrogas en el pleito que se hizo en 1766 ante el Alcalde Mayor de Villavieja, Don Pedro Herrera, entre miembros de una familia, por la propiedad de un molino. En él, el juez al recibir el pleito a prueba, concede nueve días comunes a las partes para que hagan sus pruebas; antes de que transcurra el plazo, a los siete días, el demandante dice que no puede hacer las pruebas por estar ocupado, pide treinta días más jurando de malicia; a esta petición, el juez accede sin más trámite. Un mes después, el demandado hace una serie de alegaciones y por otrosí solicita otra prórroga de veinte días, a la que el juez también accede, pese a que no se alegan motivos para pedirla. De nuevo es el demandado el que trascurrido el tiempo pide que se prorroguen los días hasta los ochenta de la Ley, por estarse haciendo la prueba. A esta petición el juez resuelve por auto diciendo que *para determinarlos [los autos] sin el más leve escrúpulo ni presunta maliciosa y mirando a obviar quejas se prorroga el término probatorio al cumplimiento de los ochenta días legales*.

De lo visto hasta ahora se pueden extraer una serie de **conclusiones** que pueden dar una idea de conjunto de la incidencia en los pleitos de las prórrogas de los términos de prueba.

1º.- El porcentaje de los pleitos en los que las partes piden prórrogas del plazo dada para probar, es elevado. De los pleitos analizados en el presente trabajo, un 35% de ellos han

¹⁴⁸ A.H.P.S. J-1236/17.

necesitado de prorrogaciones de los términos probatorios. Indudablemente, este porcentaje no es exacto respecto del total de los asuntos que podían ser tramitados y fallado en un periodo de tiempo, pero es significativo y sirve de aproximación cuantitativa a la realidad procesal. Se puede hablar como de una práctica frecuente el hecho de que las partes procesales soliciten del órgano jurisdiccional nuevos tiempos para hacer sus pruebas.

2º.- Las partes, cuando solicitan prórrogas para probar, no argumentan razones de importancia para hacer esta petición. Y cuando las dan pueden ser vagas y difusas, como el no poder hacer las pruebas por estar ocupado o no ser suficiente el plazo dado. En el tercero de los casos vistos se argumenta como razón el hecho de que han de hacerse las pruebas por instrumentos y por testigo.¹⁴⁹ Como causas externas a la parte solicitante están las ocupaciones del abogado o de los testigos que se quiren presentar como prueba, pero lo normal es que se diga simplemente que no pueden hacer las pruebas en los términos concedidos.

Como aclaración a este comentario, los prácticos piensan que la prolongación del término para probar se debe conceder "llanamente", sin necesidad de decir la causa, cuando la prórroga se pida dentro del término concedido. Se entiende en este caso como una continuación del mismo término, aunque se acuerde después de pasado el anterior, ya que las demoras imputables al juez o al escribano no afectan al derecho de las partes.¹⁵⁰

3º.- Aunque en algunos casos cuando se pide la prórroga el término ya está excedido, es frecuente que las peticiones de tiempos extras se hagan sin que hayan vencido los ya concedidos. Así una prórroga se continúa con el plazo o la prórroga anterior, sin que se

¹⁴⁹ La prueba por instrumentos, o documental, suponía el libramiento de una **carta receptoria**, sobre todo cuando el asunto se seguía en Chancillería, lo que suponía una complicación, ya que en muchos casos el Receptor debía trasladarse a otros lugares para poder obtener los testimonios documentales de los protocolos de los Escribanos. También suponía una complicación la prueba de testigos cuando eran muy numerosos. En este asunto se presentan diez testigos con un interrogatorio de diez preguntas para cada uno de ellos.

¹⁵⁰ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 183.

produzcan tiempos muertos en el pleito. Cuando esto ocurre se debe a la inactividad de las partes que no presentan peticiones ni de concluir ni de prorrogar, pero en cualquier caso, el juez no suele querer plantear problemas con las partes ya que en los casos en que han transcurrido varios meses desde que se concede un plazo probatorio hasta que se pide su prórroga, el juez accede sin hacer mención o referencia a que el plazo ha pasado en exceso; es importante destacar el comentario del Juez de Villavieja al acceder a la tercera prórroga, cuando dice en su auto que lo hace para evitar las quejas, que se suponen de las partes en el juicio, lo que supone mayor complicación en el trámite procesal. Es significativo que de los ejemplos estudiados, en un único caso el juez no acceda a la prórroga de ochenta días solicitada, concediendo sólo quince días; aunque también es cierto que el demandado hace su solicitud de prórroga sin argumentos y una vez que han transcurrido tres meses del plazo inicial concedido.

4º.- Los tiempos de los plazos son muy variables aunque siempre se encuentran con el límite de los ochenta días de la Ley. Se verá más adelante la duración de los términos de prueba, por lo que en este momento sólo cabe hacer una precisión a cerca de cómo las partes piden las prórrogas de los tiempos probatorios. La norma de actuación práctica se puede clasificar en dos planos:

a) **la duración de las prórrogas que solicitan las partes está en relación directa con el término de prueba que se concede en el momento del recibimiento a prueba.** Con un plazo probatorio inicial de quince días, se conceden dos prórrogas, la primera de ocho días, y la segunda hasta los ochenta de la ley. Con un plazo inicial de cuarenta días, la prórroga para probar se solicita directamente a los ochenta de la ley.

b) aunque el juez abra el período probatorio por un tiempo que considere discrecionalmente suficiente para hacer los actos procesales de prueba que sirvan para justificar

las pretensiones de las partes, las partes finalmente , **cuando solicitan prórroga, lo hacen hasta los ochenta días que marca la ley como plazo máximo.**

Hasta ahora hemos hablado de **perentoriedad de los términos o plazos para probar** con, carácter general, como la tendencia de la legislación real a conferir este carácter a los tiempos que las partes disponen para hacer sus pruebas, esta postura se enmarca en la tendencia general de la Monarquía de responder a las quejas de distintas Cortes e incluso de particulares¹⁵¹, para evitar que los pleitos civiles continuasen siendo excesivamente largos confusos de trámite y costosos en gastos, con una respuesta de simplificación en evitación de que las partes pudiesen continuar obteniendo excesos de términos del Tribunal. Pero dentro de la prueba, la doctrina entiende que existe una **prueba con término perentorio** específico de los asuntos denominados de poca entidad en los que la cuestión de fondo no exige una prueba muy complicada. En estos casos no se debe acceder a la prórroga si no es con un motivo muy influyente.¹⁵² Supone este planteamiento que en los asuntos cuya cuantía no sea muy elevada o el fondo planteado especialmente complicado, el tiempo de la prueba ha de ser exclusivamente el que el juez concede inicialmente, sin posibilidad de prórrogas. Lo que finalmente nos hace remitirnos al planteamiento inicial, por el cual el juez puede acortar el plazo probatorio cuando la entidad del asunto lo permita. Esta prueba con término perentorio también llamado en **via de justificación**, produce el efecto de limitar los **alegatos de bien probado** limitándose el trámite a la vista para dictar sentencia.

2º. Los términos de prueba. Su duración.

De lo que hasta ahora se ha visto sobre los plazos que da el juez a las partes en un proceso

¹⁵¹ DE MANUEL Y RODRIGUEZ, Memorial sobre los defectos de los textos legales y la Administración de Justicia.A.H.N. ESTADO:292984.

¹⁵² ORTIZ DE ZÚÑIGA, Ob. Cit. Pág.51

para que prueben sus respectivas posiciones procesales, la idea general es que se entendían como **plazos máximos**, y dentro de ellos el juez podía otorgar un número de días , según su criterio, para que las partes hiciesen sus pruebas. A su vez, las partes podían pedir al juez que **ampliase** el plazo dado, pero siempre dentro del límite de tiempo impuesto por la ley, ya que se podía prorrogar hasta los ochenta días.¹⁵³

En la práctica general de los Tribunales se fue creando el uso, ya visto al analizar los pleitos, de recibir a prueba por un término limitado (veinte o treinta días) que posteriormente se prolonga hasta llegar a los ochenta de la ley, no precisándose en estos casos alegar causa para justificar la prórroga. Todo sin soporte legal ya que las leyes no lo mencionan aunque el sentir se funda *en que como el espíritu de éstas se dirige en que cuanto antes se dé la justicia al que la tenga, y no se eternicen los pleitos, confiriendo por esto a los jueces la potestad de restringir o abreviar el término*¹⁵⁴ Aunque opiniones más críticas hacen ver que pocas veces el sistema de acortar los términos probatorios por el juez sirva para abreviar los tiempos procesales, porque la mayoría de las veces las partes piden que se prolongue, petición a la que el juez viene obligado a acceder. Por todo ello deberían los jueces y Tribunales recibir el asunto a prueba por los ochenta días del término ordinario, y se evitarían los inconvenientes relativos a la brevedad, que se traducen en mayores gastos para las partes, al tener que reiterar peticiones con las notificaciones correspondientes de las decisiones judiciales a las resoluciones que sobre ellas recaigan.¹⁵⁵

La confusión existente, partiendo de la regulación de **Las Partidas**, dada la ambigüedad

¹⁵³ MARTINEZ SALAZAR, Ob. Cit. Pág. 157.

¹⁵⁴ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 186.

¹⁵⁵ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 99.

con la que se regula en este cuerpo legal la cuestión de los tiempos probatorios, su duración y sus posibles ampliaciones, vino a ser controlada con la disposición ya mencionada de las Ordenanzas de Madrid de 1502,¹⁵⁶ y que sirvió de base para que toda la doctrina posterior, sobre todo la práctica, admitiéndose los plazos de esta norma como los únicos válidos en materia de prueba. Viene la ley a establecer la duración de los plazos probatorios en base a **la distancia física o geográfica** que separa el lugar en el que se "vive" el pleito y aquel en el que se han de practicar la pruebas:

- ochenta días como plazo ordinario cuando las pruebas tengan que hacerse en los territorios castellanos más próximos, es decir **aquende los puertos**.

- ciento veinte días para los casos en los que haya que alejarse más allá. es decir, **allende los puertos**.

- seis meses cuando la prueba se tenga que hacer fuera de la Península, sus Islas, o en Territorios Ultramarinos.

- año y medio si los países fueran muy remotos, como Filipinas o el interior del continente Americano.

Dice la ley:

*que si fuere en la ciudades y villas de aquende los puertos, sea término ochenta días, y si allende los puertos sea término ciento viente días, para probar y haber probado, y para presentar la probanza.*¹⁵⁷

En lo que se refiere al tiempo que se ha de conceder para hacer una prueba distante más allá de la Península, fue en el ordenamiento de Alcalá en el que se regula esta posibilidad.¹⁵⁸

¹⁵⁶ N.R. 1.6.4.

¹⁵⁷ Ibidem.

¹⁵⁸ Ordenamiento de Alcalá, T.10. LL. 2y3. N.R. 2.6.4.

*si tiene testigos allende de la mar o fuera del Reino, mandamos que el Juez no les de más plazo de seis meses,[...] y porque no pueda ser hecha malicia o alongamiento, mandamos que estos plazos no sean otorgados a la parte que se lo pidiere, salvo si probare primeramente que aquellos testigos que nombraren eran a la sazón en el lugar donde el hecho acaeció.*¹⁵⁹

El contenido de esta norma fue recogido por las de las Ordenanzas de Madrid a la que nos venimos refiriendo, pero con un importante matiz, como es el exigir a la parte que solicita el término que ha de jurar solemnemente que no lo hace maliciosamente y facilite la información necesaria, nombrando o designando en ese momento los testigos, que supone sean del lugar en el que ocurrieron los hechos, e incluso haciendo el depósito que garantice la práctica de la prueba.¹⁶⁰

En el plano de la opinión doctrinal, existe unanimidad entre los autores prácticos, que son los que en realidad se refieren a la cuestión de los tiempos probatorios, en apreciar como válidos los que se fija en la legislación real.¹⁶¹ Se admite como auténtico y necesario que el término se ajuste a lo que previene la ley, es decir los ochenta días para los pleitos de aquende los Puertos, y ciento veinte para los de allende.¹⁶² Desde luego, siguiendo el criterio del legislador, se habla de los términos en razón de la distancia para la práctica de la prueba de testigos, que se entiende a su vez como la que puede tener mayor complicación, así cuando se ha de hacer esta prueba dentro de los puertos del lugar de la provincia donde el pleito se controvierte, se señalan ochenta

¹⁵⁹ Ibidem.

¹⁶⁰ Es uno de los casos en los que se puede observar que el criterio refundidor de la Nueva Recopilación no fue muy acertado. Ambas disposiciones legales recogidas en este cuerpo, 1 y 2. 6. 4., tiene un contenido muy similar, y siendo más completa la posterior, debía haber derogado a la anterior.

¹⁶¹ No hay que olvidar que los juristas prácticos hablaban un mensaje de corrección procesal hipotética; el hecho de que escriban manuales para la práctica forense no quiere decir que se pueda valorar su contenido como lo que se hacía realmente en el ejercicio de los Tribunales. Su mensaje es aséptico y doctrinal, pero no tiene que corresponderse con la realidad.

¹⁶² JORDÁN DE ASSO. Ob. Cit. Pág. 306. TAPIA, Ob. Cit. Pág. 181.

días, y si es fuera de ella o de puertos allende, ciento veinte días.¹⁶³ A esta aceptación por la doctrina del criterio de la ley, hay que hacer dos obsevaciones:

1º.- Los dos términos de ochenta y ciento veinte días se entienden como **términos ordinarios**, es decir, que se pueden conceder sin que concurran circunstancias especiales de dificultad o lejanía; el único criterio que ha de tener en cuenta el juzgador es la distancia o la situación geográfica de los testigos que han de deponer en relación con el lugar en el que pleito se está ventilando, pero sin que la parte haya de demostrar este extremo ni mucho menos garantizar o afianzar el que no actúa de malicia.

2º.- La intepretación que se pueda dar a las expresiones **allende o aquende los puertos** puede dar lugar a equívocos. *Dentro de los puertos del lugar o provincia en que el pleito se controvierte, y ciento veinte cuando se ha de avacuar fuera de ellos.*¹⁶⁴ El término **puertos** sitúa el límite de la distancia geográfica en los **puertos de la provincia**, es decir, son los territorios situados más allá o más acá de una sierra o una cordillera.¹⁶⁵

Merece apartarse aquí del discurso procesal para acercarnos a la realidad física. Estos puertos son los llamados *puertos secos* como vías naturales impuestas por la geografía y que hacían las veces de **aduanas o peajes**.¹⁶⁶ No se puede dejar de tener en cuenta el inmenso condicionante que para Castilla fue, e incluso hoy es, su estructura geográfica; el hecho de que su núcleo sea una gran meseta rodeada de cadenas montañosas, que a su vez está atravesada por otra cordillera que la divide en dos territorios con características de medio ambiente y habitat diferentes, unido a que a la Corona Castellana pertenecían regiones periféricas, hizo que las

¹⁶³ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 118.

¹⁶⁴ TAPIA, Ibidem.

¹⁶⁵ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, voz puerto.

¹⁶⁶ DOMINGUEZ ORTIZ, A. El Antiguo Régimen: Los Reyes Católicos y los Austrias, pág. 89.

barreras montañosas adquiriesen la importancia derivada de la necesidad de salvarlas. Los pasos que facilitaban la travesía de cordilleras, los puertos, eran los datos de situación para poder valorar una distancia. Así, las dos Castillas, la Nueva y la Vieja, están separadas entre sí por la Cordillera del Sistema Central, lo que hace que los lugares situados al norte de los puertos que permitían su travesía, estuviesen mejor comunicados entre sí que con los situados al sur, y a la inversa. La región conocida tradicionalmente como Castilla la Vieja enmarcaba las ciudades de mayor peso económico durante siglos; Segovia y Avila por el ganado, Burgos por el comercio, Valladolid como centro Administrativo. Si se sitúa la tramitación de un pleito ante la Chancillería de Valladolid, se concederían ochenta días de prueba para el caso de que los testigos que tuviesen que declarar residiesen dentro de esta región; ahora bien, si los testigos se encontraban en las tierras más allá de la vertiente sur de la cordillera, es decir, en Castilla la Nueva, por estar allende los puertos, tendrían las partes ciento veinte días para hacer sus pruebas. Pero no era esa la única situación que dependía de las distancias y de la geografía. Las dos regiones del centro castellano debían comunicarse también con las regiones periféricas peninsulares, que además de integrar también la Corona Castellana, estaban a su vez separadas por cadenas montañosas que las cerraban y dificultaban su acceso: los Montes de Toledo, Sierra Morena, los Montes de León, la Cordillera Cantábrica y las sierras orientales, estribaciones a su vez del sistema Ibérico, debían ser atravesadas desde el centro para acceder al Reino de Granada, después Andalucía, al Reino de Galicia, a Asturias, y a Vascongadas. En los casos en los que los testigos a deponer se encontrasen en algunas de estas regiones, el término de prueba debería ser el de ciento veinte días. No se puede dejar de tener en cuenta, que pese a estarnos refiriendo a pasos entre montañas, como accidentes geográficos que permitían el trasvase de personas y de mercancías de una región a otra, los caminos eran difíciles y de tránsito dificultoso para las carretas *de puerto*

a puerto,¹⁶⁷ las rutas de viajeros, aunque numerosas, tenían un trazado muy difícil, o muy lento por las distancias que había que recorrer para evitar las dificultades de las zonas montañosas.¹⁶⁸

Hasta ahora nos hemos referido a los dos plazos que la ley posibilita a las partes para hacer la prueba, en función de las distancias que separasen el objeto de la prueba del lugar en el que se estuviese tramitando el pleito. Los dos, de ochenta y de ciento veinte días, son **términos ordinarios**, es decir, no incide en su concesión ninguna circunstancia especial que los justifique. Por el contrario, existía un tercer término de prueba llamado ultramarino, que se seguía basando en criterios de distancia geográfica o de dificultades para acceder a determinados lugares, pero que requería para su concesión una serie de presupuestos y de garantías. Por lo tanto, si las pruebas que se han de hacer son de testigos que están en Ultramar o fuera del Reino, puede ser concedido el término llamado ultramarino o extraordinario que es de seis meses.¹⁶⁹ El demandante o el demandado dirán que tienen testigos *allende la mar o fuera del reino*; en estos casos el juez les dará el **plazo máximo de seis meses** para que le traigan los testigos a declarar, aunque si el propio juez viese que la prueba se puede hacer en menos tiempo, a su voluntad podrá acortar este plazo. Para que el término **extraordinario** sea concedido, debe la parte que lo pide probar que los testigos en cuestión se encontraban en el lugar en el que el hecho acaeció; y para probar estos extremos se le conceden treinta días.¹⁷⁰ Por tener el carácter de **extraordinario**, se

¹⁶⁷ HISTORIA DE ESPAÑA, dirigida por Manuel Tuñón de Lara, Tomo VII, "Centralismo, Ilustración y Agonía del Antiguo Régimen", pág. 143.

¹⁶⁸ FERNAND BRUADEL, hace un tratamiento muy acertado, aunque global, para el sistema de travesías de personas y de mercancías en las regiones mediterráneas, en su obra "El Mediterráneo y el mundo mediterráneo en la época de Felipe II", y en obra citada anteriormente también se pueden encontrar interesantes observaciones sobre los caminos peninsulares.

¹⁶⁹ ÁLVAREZ, Ob. Cit. Pág 241.

¹⁷⁰ N.R. 2.6.4; Ordenamiento de Alcalá, t. 10, 11, 2 y 3.

exige a la parte que lo solicite que nombre a los testigos, jure y deposite las expensas.¹⁷¹

Precisamente, por el carácter reconocido de extraordinariedad, es por lo que a las partes que acuden en petición de que el Juez les conceda este término, se les exijan unos **requisitos**.¹⁷²

1º.- Tiene que pedirlo con el término ordinario, ya sea cuando la causa se recibe a prueba, o cuando se prorroga, de manera que corran ambos al mismo tiempo, ya que después de pasado el término ordinario está prohibido al juez conceder el extraordinario.¹⁷³

2º.- Que mencione los nombres y apellidos de los testigos de que se intenta valer y el lugar en el que residen, y dentro de los treinta días siguientes tiene que justificar que el testigo está en aquel lugar, y que en el tiempo del hecho litigioso estaba en el pueblo en el que ocurrió. Se supone aunque la ley no lo diga expresamente que la forma de probar este extremo será mediante información testifical.

3º.- Tiene que jurar que no pide el término maliciosamente para alargar el pleito, ya que *en el pedir y conceder de los términos ultramarinos suele haber mucha dilación, y no basta lo proveído por las leyes para obviar la malicia, y porque ésta cese y toda dilación*.¹⁷⁴

4º.-Que deposite la cantidad que el juez estime necesaria, para las expensas que el colitante haga en ir o enviar la persona al pueblo en que dice hallarse los testigos, a fin de conocerlos y verlos presentar y juramentar, ya que si no es pobre el Fisco litigante, debe ser condenado a ellas si no prueba su intención.¹⁷⁵

¹⁷¹ JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pág 307.

¹⁷² TAPIA, Ob. Cit. Pág. 181. GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 118.

¹⁷³ N.R. 3.6.4; Segovia, 1532.

¹⁷⁴ Ibidem

¹⁷⁵ La obligación aquí descrita deriva de la facultad que tiene todo litigante de estar presente en la celebración de las pruebas solicitadas por la contraria (*con citación de las partes*), y si se solicita la práctica de una prueba en lugar alejado de la ciudad en la que se tramita el pleito, deberá la parte que lo pide correr con los gastos que para la parte contraria suponga el desplazamiento para asistir a la prueba.

La doctrina está de acuerdo que este término no ordinario para probar se refiere a hechos ocurridos en territorio peninsular, pero se da para los casos en los que las personas que los presenciaron se encuentran en territorios alejados. Es distinta la cuestión procesal, cuando los hechos que una parte intenta probar sucedieron en Ultramar; en estos casos se entiende que no se trata de dar un plazo extraordinario para ir a buscar a los testigos que están en lugares alejados, si no de carácter ordinario que sería de año y medio para la Nueva España, y para el resto de las Indias o Perú de dos años. Si consta suficientemente que los hechos alegados y que se quieren probar ocurrieron en los lugares alejados que se ha dicho, deberá concederse, sin los requisitos que se venían exigiendo en los casos de término ultramarino, a saber: nombrar a los testigos, dar información, ni depositar costas.¹⁷⁶ La justificación de este planteamiento, que no tiene soporte legal sino doctrinal, se hace en base al criterio de que cuando los hechos suceden fuera de la Península, es accidental que la demanda se interponga ante un tribunal "peninsular", por lo que hay que suponer que los testigos están en su tierra, ya que el domiciliario está presente en su domicilio si no se prueba que está ausente de él. Cesa así la presunción de malicia, o el fraude de la dilación que se pretende evitar. Lo que hace que para su petición y concesión no se necesiten los requisitos exigidos en los casos de término extraordinario o ultramarino. En cualquier caso la parte solicitante debe señalar exactamente el lugar en el que estaban los testigos para que la contraria pueda ir o enviar a conocerlo o verlos declarar. Este término no debe ser prorrogado sin justa causa o un impedimento demostrado.¹⁷⁷

3º. Los términos de prueba son comunes.

Tanto el término de prueba ordinario, como las prórrogas que de él se puedan pedir y

¹⁷⁶ JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pág. 25.

¹⁷⁷ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 79.
TAPIA, Ob. Cit. Pág. 182.

acordar por el juez, **son comunes para todas la partes procesales**,¹⁷⁸ ya que *los litigantes son correlativos: entre ellos debe haber igualdad, lo que no es conveniente para el uno no lo es para el otro; y lo propio ha de ser para entrambos*,¹⁷⁹ lo que supone que los términos en general, y los probatorios en concreto deben correr comunes a todas las partes procesales, desde luego, desde que el dicho término les haya sido notificado. En el caso de que la notificación del auto en el que se recibe a prueba y se fija el plazo para probar, o del auto en el que se prolonga o prorroga el término probatorio no se haga a todas las partes en el mismo día, el momento en el que se empieza a descontar el plazo dado será el día de la última notificación, aunque las partes sean varias. Circunstancia que tampoco tiene apoyatura legal, sino teórica y en todo caso por analogía práctica con la situación que se produce en los **concursos de acreedores** en donde "todo compete a todos y a cada uno para probar".¹⁸⁰ Es la solución más sensata que evita que cada parte disponga del término independientemente de las demás, con lo que se podrían llegar a producir situaciones de desigualdad.¹⁸¹ Este criterio se sigue igualmente en los casos en los que se **prolonga** el término concedido dentro de un período de tiempo ordinario; si se acuerdan y notifican antes de que termine el período anterior, no empieza a contar el período siguiente hasta que no termine el primeramente concedido, por ser todo un término.¹⁸² Para los supuestos en los que la petición de utilizar más días se hace una vez finalizado el período concedido para probar, debe seguirse el criterio inicial: no empezará a correr este nuevo plazo hasta que no se haya

¹⁷⁸ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 119.

¹⁷⁹ TAPIA, Ibidem.

¹⁸⁰ Ibidem.

¹⁸¹ El autor que expone esta opinión, lo hace añadiendo que es práctica en la Corte, y que por lo tanto debe servir de regla común práctica a todos los Tribunales del Reino, pese a que exista uso en contrario, ya que cuando se den dos opiniones contrarias deben examinarse para adoptar la más sólida, razonable, y conforme a derecho. TAPIA, 185.

¹⁸² JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pág. 25.

notificado a todas las partes en el pleito.¹⁸³

4º.Contenido material del término de probar.

Los días que integran el período de tiempo que se concede a las partes para hacer sus respectivas pruebas, han de ser todos continuos, aunque sean feriados, ¹⁸⁴ incluso la mayor parte de los días ya que el término es continuo.¹⁸⁵ En el caso de que la situación de **ferias** se produzca inesperadamente, se debería pedir al juez que habilite los días para evitar que se produzca un perjuicio a alguna de las partes, pero siempre para los casos de que sea una o ambas partes las que los soliciten, y evitar indefensiones. Esta petición de parte también es necesaria para los casos en los que se entiende que el término **ha estado en suspenso** debido a alguna aconteciemeinto del Reino o de la Corte, petición a la que el juez ha de declarar los días afectados por el suceso en concreto, como días inhábiles. En ningún caso podría el juez declarar días inhábiles si no es a petición de parte perjudicada o interesada, *porque le está prohibido interponer de oficio su autoridad a la utilidad privada, lo cual ha visto declarar y practicar en la Corte.*¹⁸⁶ Se parte pues de la idea de que, si la parte no pide la habilitación de días o el carácter de suspenso, es porque no le perjudica y por lo tanto no tiene la necesidad de solicitar del Juez nuevas medidas.

5º.La intervención de los Receptores y Comisionados en la realidad de las pruebas.

Al ser la prueba un acto estrictamente procesal, no puede quedar su práctica encomendada a la actividad de las partes, si no que debe llevarse a cabo en el marco del proceso. Supone por lo tanto que las pruebas sólo se pueden realizar con la intervención del elemento personal que

¹⁸³ Ibidem.

¹⁸⁴ JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pág. 25.

¹⁸⁵ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 185.

¹⁸⁶ Ibidem.

detenta la jurisdicción, el juez, auxiliado por los oficiales que el sistema burocrático castellano aplicaba a este tipo de actividad. Se sabe que las pruebas podían hacerse por escribanos aunque se limitó ésta actividad a causa de la desconfianza que suponen sus actos, pero sí era muy claro que los oficiales cuyo cometido se dirigía precisamente a hacer pruebas fuera de la sede del Tribunal eran los **Receptores de pruebas**

Al hablar del **oficio de Receptor** y explicar su actividad¹⁸⁷ se ha visto que su existencia se justificaba por la necesidad de hacer actuaciones fuera de la demarcación territorial del órgano jurisdiccional, que en un principio fué la Chancillería, para lo que el propio órgano designaba a determinadas personas a él adscritas con el fin de encomendarles la comisión de determinados actos. Igualmente, al tratar de **los jueces en comisión** se ha visto cómo estos oficiales Reales dirigían su actuación a la realización de determinados y concretos actos judiciales que les eran encomendados. Situándonos en el momento procesal en el que las pruebas van a ser propuestas por las partes y donde el juez ya se ha pronunciado en cuanto al tiempo que se dispone para hacerlas, los Receptores y Comisionados intervienen en su práctica como aquellas personas a las que el órgano judicial les encarga, a costa y petición de las partes, que acometan las actuaciones concretas de las que consistan las pruebas. En ellos es común el hecho objetivo de la necesidad de hacer las pruebas fuera de los términos del lugar en el que jurisdiccionalmente ejerce el órgano, ya que los que pretendan aprovecharse de testigos que estén en distinto lugar que las partes, pueden pedir receptoria para las justicias,¹⁸⁸ pues es frecuente en muchos asuntos, que además de las pruebas que se hacen ante el juez de la causa, en el lugar en el que se reside, hay

¹⁸⁷VER SUPRA 2.5.1.

¹⁸⁸ GONZALEZ DE TORNEO, Ob. Cit. fol. 9.

testigos fuera de la jurisdicción, cuya declaración ha de ser tomada por carta requisitoria.¹⁸⁹

Y es diferencial su situación respecto al órgano; los **receptores de pruebas** son oficiales adscritos al Consejo de Castilla y las Chancillerías, y posteriormente a las Audiencias, cuyo cometido fundamental es precisamente el de *recibir* o hacer las pruebas,¹⁹⁰ desde luego a costa de las partes proponentes. Por el contrario, los **comisionados** para hacer las pruebas fuera de la jurisdicción, se corresponde con los jueces o escribanos que actúan en aquel lugar en el que se van llevar a cabo los actos probatorios. En todo este contexto, hay que tener presente la realidad de las situaciones, en las que normalmente la demarcación jurisdiccional de las Chancillerías era muy extensa, aunque esta extensión se fue acortando según fueron creándose nuevas Audiencias, lo que hacía imposible que el Tribunal se constituyese o actuase en toda su área, teniendo que recurrir a los **auxilios** específicos de determinados oficiales.

Una vez que la prueba ha sido admitida y el Juez ha acordado y señalado un término probatorio, *a cada una de las partes se de su carta de rezeptoria*,¹⁹¹ carta o documento en el que ha de hacerse constar, que ha de ser notificada a las partes, si puede ser habido, y sino a las puertas de su morada, haciéndolo saber a su mujer, hijos y vecinos más cercanos, de tal manera que se pueda presumir que se conoce su existencia. Además, en todas las cartas ha de decirse como el juez, escribano o receptor ha de preguntar a los testigos.¹⁹² Porque, aunque el juez que ha de juzgar el pleito ha de recibir por sí mismo los testigos, “puede ocurrir que determinados testigos no residan en el lugar en el que ha sido presentado el pleito, por lo que el juez debe

¹⁸⁹ MONTERROSO Y ALVARADO, Ob. Cit. fol.16.

¹⁹⁰ Receptor y rezeptoria son términos que comprenden el acto de **recibir a los testigos**, que es el utilizado en LAS PARTIDAS para referirse a la forma de hacer la prueba testifical; a los testigos se les reciben las posiciones.

¹⁹¹ N.R. 1.6.4.

¹⁹² N.R. 8.6.4.

enviar carta al juez del lugar en el que residen los testigos, y pedirle que los reciba; [...]y el juez del lugar en el que habiten los testigos debe hacerlo así”.¹⁹³

Hasta aquí la ley.¹⁹⁴ El resto lo fué haciendo la práctica forense y su concreción en manuales dirigidos a los actuantes en el foro. En este punto es fundamental destacar que todo aquello que se refiere a hacer pruebas fuera de la localidad en la que tenga su sede el tribunal, va dirigido fundamentalmente a la prueba de testigos, prueba que por otro lado supone el gran núcleo de actividad probatoria en el proceso de Antiguo Régimen. De ahí, que una vez presentados los interrogatorios para los testigos, si estos tuviesen su vecindad en otra parte de la que el juicio se trata, debe pedir la parte *requisitoria de receptoria* para las Justicias de cuyo domicilio fueran los testigos, requisitoria que se les deberá conceder.¹⁹⁵

Es la parte interesada en la prueba la que tiene que pedir al juez que libre la carta receptoria, y lo normal es que la petición se haga en el momento de presentar los interrogatorios de preguntas para los testigos, por medio de **otro sí** en el mismo pedimento, diciendo que alguno o algunos de los testigos son vecinos o residentes en otro lugar, se pide librar requisitoria de Receptoria a las justicias del lugar para que reciban las declaraciones, dándoles comisión, y para que procedan como sea necesario, incluyendo la citación a las partes.¹⁹⁶

En cuanto a la estructura de este documento, se corresponde con la estructura general de las Reales Cartas y Provisiones: encabezada por el titular del órgano que la emite, Corregidor, Alcalde o Presidente de Chancillería y Audiencia, dirigida a las justicias del lugar en el que

¹⁹³ P.P. 27.16.3.

¹⁹⁴ En este caso, como en algunos otros, la propia letra de la Ley hace pensar que la norma es consecuencia y fijación de una práctica existente; *es de estilo de la Audiencia [...] mandamos que esto mismo se haga y ponga en las cartas de receptoria que de aquí en adelante se dieren.*

¹⁹⁵ JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pág. 26.

¹⁹⁶ JUAN Y COLOM, Ibidem; MARTINEZ SALAZAR, Ob. Cit. Pág. 160; TAPIA, Ob. Cit. Pág. 320.

resida la persona a la que se debe tomar posiciones, se les hace saber la existencia del pleito, la petición de recibimiento a prueba, su admisión y la solicitud de carta para hacer las pruebas; muchas de estas actuaciones se insertan literalmente.¹⁹⁷ Se dice que se ha acordado librar la carta receptoria solicitada por la parte, y en base a ella, y en nombre de su Majestad, exhorta y requiere a los jueces a los que se les presente, la manden cumplir; y en su consecuencia tomen las posiciones a las partes, para lo que se dan instrucciones precisas para el interrogatorio. Una vez terminado éste, y las demás diligencias encomendadas, deben remitir, o bien el original o bien un traslado de lo actuado al órgano que lo ha emitido a través de la parte que lo ha presentado para su cumplimiento, que no es otra que la parte interesada.¹⁹⁸ Como se ve, la única especificidad que contiene una **carta receptoria de prueba** son las instrucciones para la forma de llevar a cabo el interrogatorio. Pero veamos en la práctica como se desarrollaba el esquema de actuaciones mencionados.

Las receptorias en los pleitos

En primer lugar vamos a analizar una carta receptoria librada por la Chancillería en un pleito seguido en primera instancia. Encabezada en nombre del Rey, y dirigida a todos los Corregidores, Alcaldes Mayores y Ordinarios, y a otros Jueces y justicias de todas las ciudades, villas y lugares de estos nuestros reinos ante los que se presenta la Real Carta, se les hace saber que ante el Presidente y Oidores de la Audiencia y Chancillería se litiga un pleito, en el que la demandante es vecina del Lugar de Campo, Jurisdicción de Ponferrada; se enumeran y citan las

¹⁹⁷ La inserción de peticiones y autos completos en los documentos judiciales que se expiden y entregan a las partes para su diligenciamiento puede tener en principio una finalidad garantizadora de lo que se pretende con la expedición de la carta, así como informadora, pero también cabe pensar, de nuevo, en la desmesurada e innecesaria actuación de los escribanos, que con el afán de aumentar sus salarios hacían que los documentos se hicisen más extensos, sin verdadera necesidad o justificación.

¹⁹⁸ JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pág. 28; GONZALEZ DE TORNEO, Ob. Cit. fol.9; TAPIA, Ob. Cit. Pág. 322; MARTINEZ SALAZAR, Ob. Cit. Pág. 165.

demás partes y sus procuradores, para después referirse al objeto del pleito, el que por Auto del Presidente y Oidores fué recibido a prueba por plazo y término de los ochenta días de la Ley y *cometidas la probanzas a Receptor de esta Corte que tocase por turno*; pero notificado este auto a las partes, la solicitante de la carta manifiesta sus cortos recursos para costear los gastos del receptor y sus salarios, *pidió se sometiese la ejecución de probanzas a Justicias y Escribanos, y posteriormente noticiosa de que en el paraje se halla un Receptor de esta Corte evacuando otra Comisión, pidió se le diese la competente para el recibo de su prueba*. De la petición se dió traslado a las partes restantes, y uno de los demandados respondió que *se sometiesen las probanzas a quien la sala tuviese por más conveniente*. La Sala, por auto acuerda encomendar la ejecución de las pruebas a las Justicias y Escribanos *de estos nuestros reinos y señorios*. A ello, la demandante pidió que se mandase librar Real Provisión Receptoria, petición a la que se accede. Por ello, manda a las Justicias a las que les sea presentada, que requeridos dentro del término de prueba, compelan y apremien a los testigos para que se haga la prueba, compareciendo personalmente **ante un Escribano que el Juez nombre**, tomándoles juramento en forma, y preguntándoles por estado, edad y vecindad y por las demás preguntas generales de la Ley, y por las de los interrogatorios que sean presentados con firma de abogado, haciendo constar de donde proceden sus dichos y cómo los conoce. Con todo ello, y con las actuaciones subsiguientes a la presentación de la provisión, se hará sacar un traslado, que sellado se hará remitir al oficio de D. Bernardo Zamora y Tejada, pagando los derechos conforme al Real Arancel, que asentará el Escribano al pie de su firma. Antes de que se comiencen a hacer las pruebas, debe constar que están citadas las partes, las que estén en rebeldía en estrados, para que dentro del segundo día nombre **su Escribano acompañado** para que ante los dos se ejecute la probanza, y *no lo haciendo mandamos que sólo ante por el vos nombrado y haga tanta fe y*

prueba como si ante los dos Escribanos se hiciera. Para todo esto ordenamos comisión en forma, para lo que se manda a cualquier escribano que sea requerido con la carta que se le presente, que la notifique y de fe. Se cierra con los nombres de cuatro Oidores, del Escribano y del Teniente Chanciller.¹⁹⁹

La estructura del documento no difiere de la estructura general establecida para este tipo de **cartas jurisdiccionales**; Comienza con el encabezamiento propio de una Chancillería, en nombre del Rey, dirigida a cualquier justicia del reino.²⁰⁰ Igualmente se mantiene la estructura en la enumeración de las partes procesales y sus representaciones, y en la concreción del objeto del pleito como factores identificadores de la contienda y sus límites subjetivos y objetivos. Al centrarse en los **actos procesales propios del momento probatorio** se especifica que en el auto en el que se recibe el pleito a prueba se acuerda también encomendar la práctica de la probanza al **Receptor que le corresponda por su turno**: era la práctica habitual en estos casos en que era necesario hacer prueba fuera de la demarcación del Tribunal, que por otra parte, eran los más numerosos teniendo en cuenta el amplio territorio al que le correspondía la jurisdicción de una Chancillería o una Audiencia. Sigue la real provisión con la narración procesal, diciendo que al notificar este auto a las partes, la demandante, manifiesta su falta de recursos económicos por lo que pide que no se encomiende a Receptor el hacer la prueba, ya que ésta gestión supone un gasto para la parte interesada en la prueba que es quien tiene que pagar los salarios y los gastos de la persona comisionada para hacer la prueba, y por ello solicita que se le encarguen las actuaciones a jueces y escribanos del lugar, pero sabiendo que en el mismo territorio en esos

¹⁹⁹ A.R.CHAN. VALL. P.A. 3558-1.

²⁰⁰ No hay que olvidar que este tipo de documentos procesales eran entregados a las partes "para su diligenciamiento", hablando en tópica terminología forense, lo que hace que se dirijan a justicias y escribanos, pero sin determinar ni concretar, ya que es la propia parte a la que se le entrega, y que es la misma que ha solicitado su emisión la que ha de presentarla ante un Escribano.; el vehículo es un portador de parte procesal, y de él depende la presentación a uno u otro Escribano, en el caso de que en lugar al que se presente haya más de uno.

momentos se encuentra un receptor de Chancillería, podría encomendársele a éste Oficial que realice lo contenido en la carta, suponiendo una reducción de gasto para la misma parte que expone todo esto. Siguiendo el espíritu privatista del proceso civil, de este pedimento se da traslado a la parte contraria para que diga o alegue lo que crea interesarle; la parte demandada, no concreta su deseo en cuanto a las personas a las que se debe encargar la prueba y sólo dice que sea hecha por quien la Sala acuerde; y la Sala acuerda encomendarla a las Justicias ordinarias y Escribanos del lugar en el que se hallan los testigos. Como parte integrante de una carta o real provisión, se dan instrucciones en cuanto a la forma de hacer los interrogatorios a los testigos, especificando que debe hacerse con citación de todas las partes, y que en base a esa citación, la parte contraria, puede nombrar un Escribano acompañado. Terminan las instrucciones añadiendo un mensaje al Escribano **por el que pase** la carta o provisión para que haga un traslado de la carta y de las diligencias que se hagan subsiguientes, por lo que el original ha de quedarse en su propio protocolo de escribanía; este traslado, en el que se asentarán los derechos del arancel, se entregará a la parte que presentó la provisión de prueba; todo ello se **encomienda a aquel Escribano al que se le presente el documento.**

Ante los Jueces unipersonales, las cuestiones se resolvían y ventilaban con mayor inmediatez y menos rigurosidad que ante las Chancillerías y Audiencias. Ante el Corregidor de Olmedo, el demandante en un pleito declatativo de evicción presenta una petición, en la que manifiesta que, recibido el pleito a prueba, necesita valerse de tres testigos, vecinos del lugar de Aguasal, *personas noticiosas del término y sitios donde están dichas tierras, y no quieren venir a deponer lo que supieren* según las preguntas del interrogatorio que la misma parte ha presentado, por lo que pide del juez que se les notifique la obligación que tiene de venir a declarar, *y que a ello se les apremien por prisión y todo rigor de Derecho* sirviendo el auto de despacho. A esta petición,

el Corregidor de Olmedo, D. José Fernández de Córdoba, sin más traslado ni notificación de lo pedido, dicta un auto, por el que acuerda que *el presente Escribano pase a examinar los testigos que el pedimento contiene, a costa de la parte que para ello se le da comisión en forma*. Después de diversas solicitudes de nuevos términos probatorios por ambas partes, se toma declaración a los testigos ante el propio Corregidor y en Olmedo, es decir, no se cumple el auto que se ha narrado, ni se pide su suspensión, simplemente, comparecen los testigos y se hace la prueba.²⁰¹

Se da en este caso la misma situación básica que en el pleito visto anteriormente: los testigos que han de contestar a las preguntas que les formula la parte que les propone viven en distinto lugar al del conocimiento del pleito; pero a diferencia del supuesto anterior, se resuelve de distinta manera el problema. Dejando de lado el resultado final en cuanto al modo de hecerse la prueba, interesa destacar, en primer lugar el intento de la parte proponente de la prueba para que los testigos se desplacen desde Aguasal a Olmedo a deponer; al negarse ellos, pide del juez el requerimiento para que comparezcan, incluso apremiándoles de prisión. En segundo lugar, llama la atención la solución de corregidor, que parece contener el mensaje de "si no quieren venir a Olmedo, que vaya el escribano a Aguasal", eso sí, costeando la parte los gastos de esta gestión. Por lo tanto, el "oficial" designado para recibir la prueba de testigos, al no haberlos de número en el Corregimiento de Olmedo, es el propio escribano de la causa, al que se le comisiona para hacer la prueba; por ello, no se puede hablar de receptor de prueba, sino de **Escribano comisionado para hacer las declaraciones de los testigos**. Lo que no se puede deducir de los autos es cómo los testigos deciden comparecer en Olmedo; quizás el propio proponente les convence en el intento de evitar los gastos de la **comisión** acordada de plano por el juez; incluso el propio juez tomó esa decisión como una medida de presión para evitar

²⁰¹ CHAN.VALL. P.A. 3782-4.

complicaciones, conocedor de que la evitación de gastos procesales puede hacer que las partes se pongan de acuerdo en determinadas cuestiones. Pero realmente estamos moviéndonos en el terreno de la hipótesis al margen de lo documentado.

En cuanto a la forma de trabajar en el Consejo, es muy clara la explicación que nos da **Escolano de Arrieta**, en su manual práctico de las actividades del Tribunal, en el que nos expone que del auto de recibimiento a prueba se tiene que pasar una certificación al oficial encargado de repartir los asuntos a los receptores, *en virtud del privilegio que tiene para la ejecución de probanzas cuando se pidan fuera de la Corte*, devolviendo otra certificación a la escribanía en la que se hace constar quien es el receptor al que le ha correspondido; mediante ésta certificación son requeridos los procuradores intervinientes en el pleito, que tendrán ocho días para responder si desean que el receptor designado haga o no prueba; si en estos ocho días, no dicen nada ni presentan los despachos, el receptor es despedido, y los procuradores han de correr con los salarios.²⁰²

Se habla de **privilegio** del oficial repartidor de receptores, como un valor a tener en cuenta para la valoración que se haga del reparto y designación; llama la atención, y al mismo tiempo es significativo de la estructuración interna del Consejo, el hecho de que a los receptores se le haya de notificar por certificación del escribano una decisión judicial, y de que éstos hagan saber a las partes mediante otra certificación la persona designada para hacer la recepción de la prueba. Comparándolo con la situación anterior, no deja de ser significativa la gran diferencia entre la inmediatez del Corregidor de Olmedo en la toma de decisiones para la solución de un problema procesal, y la gran complicación interna del órgano para dar cauce procesal a la práctica de una

²⁰² ESCOLANO DE ARRIETA, Ob. cit. pag. 357. El autor hace referencia, a pie de página al Auto del Consejo de 23 de Junio de 1774, por la Escribanía de Aguado en el pleito entre la ciudad de Alfaro y D. Angel del Rio, Abad de su Colegial, sobre nuevos diezmos.

decisión tomada en un pleito, que no es ni más ni menos que un trámite.

De todo lo que se ha visto , se pueden considerarear como válidas ciertas conclusiones que se extraen de lo dicho hasta ahora a cerca de los actos de prueba hechos fuera de la demarcación del órgano que conoce del pleito y de la intervención de receptores y otros oficiales.

1º.- No siempre que los testigos vivían fuera de la demarcación jurisdiccional del órgano era necesario encomendar la práctica de la prueba a Receptores o Comisionados.

2º.- Salvo en escasos juzgados unipersonales en los que podía existir algún receptor adscrito, este oficio se seguía únicamente el las Chancillerías y Audiencias, en las que existían unos **Receptores de número**, a los que se les ancomendaban las pruebas que se debían hacer fuera de la sede del tribunal, correspondiéndose sus ingresos o salarios a los devengados en la práctica de estas actuaciones, es decir, si no actuaban, no cobraban, de ahí que en los Tribunales no se dude en mandar a un Receptor, salvo en los casos en los que la parte pide otra solución, y que además, se controlen **por turno** para entregar los despachos, con el fin de no favorecer a algunos en detrimento de otros.

3º.-Se podían encomendar en cualquier caso, tanto en Tribunales como en Juzgados, la prueba a un **Comisionado**. **Este Comisionado podia ser el juez del lugar** en el que residían los testigos, o un escribano de número también de ese mismo lugar, o bien otro escribano designado para tales fines del lugar en el que se encontraba el juez de la causa, incluso el propio escribano de la causa. El hecho es que, a falta de la incomparecencia de los testigos ante el propio juzgador, la prueba había de hacerse en el lugar en el que estos residían, encargándose su práctica a una persona ajena al proceso y a su tramitación, generalmente un escribano, y añadiéndose nuevos gastos para las partes procesales , que no sólo debían costear los gastos de traslado y habitación, sino que debían pagar sus salarios y aranceles.

6.8. Presentación de los interrogatorios y demás pruebas a practicar.

El hecho procesal que determina que en un pleito las partes desean que se hagan pruebas para demostrar la veracidad de los hechos que respectivamente se han alegado, respaldado por la decisión judicial de que tales pruebas se practiquen en un período determinado de tiempo, y formalizado procesalmente por el auto o la sentencia de prueba, ha de tomar cuerpo de realidad procesal en el paso que las partes han de dar ante el juez diciéndole cuales son concretamente estas pruebas, también llamadas medios de prueba. Desde el momento en que el término de prueba ha quedado abierto, deben las partes hacer sus pruebas, y para ello ha de decirle al juez cuales son los instrumentos que desean aportar o complusar, en que ha de consistir la prueba de pericia, su deseo de que la parte contraria confiese a las posiciones que presenta, o cuales son las preguntas que han de responder los testigos que se pretenden utilizar. Todos ellos son unos actos procesales intermedios y tendentes fundamentalmente a preparar las prácticas de pruebas en concreto.

Aunque en este momento del proceso ambas partes conocen cuales son sus fundamentos fácticos y jurídicos para llevar adelante su pretensión, igual que conocen los de la contraria, es muy probable que para concretar sus probanzas necesiten consultar las actuaciones como fuente de informaciones concretas.

recibida la causa a prueba, han de tomar las partes los autos por su orden para formar sus respectivos interrogatorios, pedir se cumpulsen con citación de la contraria los instrumentos y cosas que las conduzcan sacar, según lo alegado y deducido, y que se comprueben los reproducidos antes si tienen la tacha de haber sido sacados sin la referida citación. Y si les conviene probar algunos particulares nuevos, concernientes a la acción intentada, pueden alegarlos en el mismo pedimento con que presenten el interrogatorio.²⁰³

²⁰³ ALVAREZ, Ob. Cit. Pág. 241.

En el caso de que se pretenda alegar la falsedad de determinados instrumentos por no ser los originales, o haberse sacado sin la necesaria citación de la aparte contraria, es preciso que hayan sido tachados de falsos previamente; y en cuanto al señalamiento de particulares debe ser concreto y no genérico o indefinido. En el caso en que se pretenda probar particulares nuevos que se refieran a la acción ya intentada, que no se hayan alegado por olvido, debe darse, lógicamente traslado a la aparte contraria para que alegue y pruebe contra ellos o impugne su admisión por no ser concernientes al pleito.²⁰⁴

El hecho de tomar los autos se encuadra dentro de la actividad procesal general por la que una de la partes, previo a hacer alegaciones, necesita consultar lo documentado en las actuaciones; en estos casos, la entrega se ha de hacer al procurador, como garantía de su devolución y correcta utilización. El procurador ha de comparecer ante el oficio del escribano a tomar los autos, autos que a su vez el escribano le ha de entregar íntegros, excepto la última solicitud de prolongación de la prueba, que debe quedar en su poder para constancia del día en que se notificó el auto, y por lo tanto saber que día cumple el término.²⁰⁵ Aunque Álvarez habla de que la toma de los autos la deben hacer las partes "**por su orden**", no parece que éste sea el convencional: en primer lugar lo hará el demandante, y una vez devueltos por esta parte lo hará el demandado. Si no que puede hacerlo sin preferencia, ya que estos se entregarán, sin distinción, a la primera de las partes que comparece a por ellos; es decir, sólo se respetará el orden convencional (demandante, demandado), si las partes comparecen al mismo tiempo a tomarlos.²⁰⁶

²⁰⁴ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 186.

²⁰⁵ MARTINEZ SALAZAR, Ob. Cit. Pág. 160.

²⁰⁶ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 187

Al devolverlos lo harán con la petición correspondiente de prueba, en la que se puede solicitar desde el despacho de la Provisión correspondiente, como la ratificación de testigos que ya han declarado en un trámite previo y la comprobación o cumpulsa de instrumentos. Una vez los autos en manos del procurador, éste se los hará llegar al abogado, que ha de elaborar el interrogatorio de preguntas.²⁰⁷ El problema parecía estar precisamente en la devolución de los autos, ya que *si no los devuelven a los ocho o quince días (tal vez como suele suceder con ánimo de que éste quede indefenso y no pueda formar su interrogatorio) se le puede apremiar a que los vuelva*.²⁰⁸ Las razones por las que se piensa que las partes no deben tener los autos en su poder un tiempo prolongado son tres:

1- Cuando el demandante formula su demanda, se supone que tiene estudiado el fondo del asunto y consiguientemente conoce los medios de los que dispone para probar su intención. Lo mismo no le sucede al reo que se ve sorprendido por la demanda y dispone de un tiempo limitado para instruirse y argumentar su defensa y las pruebas que le asisten.

2-Si los autos se entregan por su orden, es decir, en primer lugar al actor, el demandado dispondrá únicamente para instruirse del tiempo en el que el actor guste devolver los autos; por ello el actor debe ser apremiado a devolverlos *sin que sirva alegar que la mitad del término toca al actor y que los puede tener durante ella, porque es todo para todos y no se puede dividir, pues la ley no permite división* y “la práctica contraria ha sido introducida por litigantes de mala fe, resulta viciosa y se debe derogar”.

3-Al demandante no le afecta el tiempo que el demandado tenga los autos en su poder pues el ya los ha utilizado, y en el caso de que los precise para hacer una comprobación siempre

²⁰⁷ MARTINEZ SALAZAR, Ibidem.

²⁰⁸ TAPIA, Ibidem.

podrá pedirlos.²⁰⁹ En cualquier caso, el orden no es preceptivo por ley sino por práctica de los tribunales, y por eso, si el primero que se presenta es el demandado en solicitud de los autos, se le deben entregar a esta parte y no a la actora. Es determinante y a tener en cuenta, que partiendo del término único y común al de la prueba para ambas partes, éste no se ve interrumpido en su cómputo por el hecho de que alguna de las partes tenga retenidos los autos para instruirse un su proposición de prueba. Queda así en manos de las propias partes procesales la responsabilidad de controlar los tiempos en los que las contrarias tienen las actuaciones en su poder, cabiendo la facultad de exigir su devolución desde el tercer día en el que los tenga el procurador; actúa así esta facultad como un catalizador o controlador de posibles abusos, toda vez que los jueces siempre acceden a las peticiones de devolución de los autos. Se podían producir insistentemente, hasta tres veces en cuatro días, requiriendo a la parte que tiene los autos en su poder y no los devuelve **por apremio de prisión**.²¹⁰

Quizás, lo que sea más destacado de la práctica, corresponda precisamente al problema de las devoluciones de autos, que son reclamadas, a veces con insistencia por la parte contraria, que "está esperando turno", para a su vez solicitar que le sean entregados. Para ello, presentan petición diciendo que los autos se recibieron a prueba *con cierto término* para lo que le fueron entregados a la demandante, que por petición renunció a los términos de prueba admitiendo que los autos se fallasen definitivamente; de este escrito se le dió traslado de lo que la parte propone, y en consecuencia dejó de hacer la prueba que le correspondía. En esta situación se le viene a notificar un auto por el que se prorroga la prueba a solicitud de la actora, de lo que supone que esta parte está haciendo prueba contra la renuncia en su día presentada, situación que viene a

²⁰⁹ Ibidem.

²¹⁰ CHAN. VALLA. P.A. 2791-2.

perjudicar a su derecho. Por lo tanto, y para hacer patente el derecho que le asiste, pide que se le entreguen los autos para ejecutar su prueba antes de que expire el término concedido. Por auto, el Alcalde Mayor de Villavieja, Licenciado y Abogado de los Reales Consejos, D. Pedro Herrea, acuerda que se entreguen los autos al demandado para que use de su derecho. Dado que por "otro sí" esta parte ha pedido que en caso de ser necesario se le prorrogue el término hasta los ochenta días por estar en desventaja con el demandante que ha tenido los autos tiempo de más, también se acuerda esta prórroga, *para determinarlos sin el más leve escrúpulo ni presunta malicia, y mirando a obviar quejas.*²¹¹ Dejando al margen la anormal situación de renuncia a la prueba por una de las partes y las prórrogas pedidas con posterioridad que hacen suponer que no ha sido consecuente con su petición, lo cierto es que para poder seguir adelante con la prueba que le conviene, la parte solicitante necesita que se entreguen las actuaciones, y así se acuerda sin ningún obstáculo.

Una vez que el procurador ha recibido los autos que le entrega el escribano en su oficio, debe hacerlos llegar al abogado, es decir, los procuradores llevan las actuaciones procesales a sus letrados,²¹² que son quienes tienen que examinarlas para extraer los datos necesarios tendentes a mejor articular sus medios de prueba. A partir de ahí, es el abogado quien tiene la obligación profesional de utilizar el traslado en beneficio de la parte a la que asiste letradamente, aunque la responsabilidad en cuanto a demora, extravío o deterioro de las actuaciones se le exigirá al procurador, como el cumplimiento de una obligación inherente a su oficio.

Ya los autos en poder de los abogados, estos han de hacer los interrogatorios de preguntas

²¹¹ CHAN. VALLA. P.A. 2792-3

²¹² MUÑOZ, Ob. Cit. fol. 20.

que desean sean formuladas a los testigos que presentarán,²¹³ aparte para que por ellos sean examinados los testigos que pretenden utilizar.²¹⁴ Se debe entender por lo tanto, como una labor específica del letrado la formulación de la relación de preguntas y posiciones que pretenden y precisan hacer a las personas que en el momento de la prueba van a presentar como testigos. Estas preguntas se han de referir a las cuestiones planteadas y sobre las que exista controversia, con un matiz procesal muy específico: las preguntas se harán a presencia del juez, escribano o receptor, pero las hace la parte, que se las presenta al juez y éste las admite como válidas o pertinentes. El contenido del interrogatorio no lo asume el juez cuando ha de preguntar a los testigos que se le presenten, sino que es la propia parte la que pregunta, actuando así el oficial de justicia como un mero ejecutor de las intenciones y voluntad de las partes. Además, el interrogatorio de preguntas para los testigos supone el cierre, en principio a posibles preguntas accesorias o aclaratorias, ya que ha de atenderse la parte a su contenido, sin que en el momento de examinar a los testigos pueda variarlo ni aumentarlo. Únicamente le cabría la posibilidad de formular nuevas preguntas a los testigos haciéndolo "atrás del juez", con lo que el recorrido sería distinto: en el interrogatorio se circula parte/testigo, y en el caso de formularse preguntas en el momento del examen de los testigos que no están contenidas en el interrogatorio el esquema sería parte/juez/testigo; de esta manera, en un mismo acto el juez admite como válida o pertinente la pregunta que formula la parte y se la hace al testigo. Los pliegos de interrogatorios deben contener las preguntas relacionadas de forma que queden diferenciadas unas de las otras, lo que en práctica se consigue numerándolas.

En una cuestión tan decididamente práctica como es ésta la ley no dice nada, pero

²¹³ MUÑOZ, Ob. Cit. fol. 20.

²¹⁴ JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pág.25.

tampoco los prácticos indican esta conveniencia en sus disertaciones "teóricas"; únicamente en los apartados de **formularios**, que vienen a ser zonas de aclaración de lo que se ha explicado, indican la forma que han de tener los interrogatorios. Así, el interrogatorio debe comenzar por decir que las preguntas que contienen son para examinar a los testigos que **se presentarán**, no incluyéndose en esta relación los nombres de las personas, con una simple observación al objeto del pleito; *serán examinados a tenor de las preguntas siguientes*, que se incluirán en la relación. El interrogatorio puede incluir además la indicación de que le hagan al testigo las preguntas llamadas **generales de la ley** y que se refieren al conocimiento que tenga el testigo de las partes del litigio, lo que saben del pleito, su edad, condición y vecindad, así como la forma en que han tenido entendimiento sobre lo que se les pregunta, si lo han visto, oído, lo saben por ser público y notorio, de pública voz y fama y de común opinión.²¹⁵

Aunque los interrogatorios de preguntas para los testigos se analizan con mayor detalle al estudiar la prueba testifical y su práctica, sí conviene en este momento que se vea, con un sólo ejemplo, cómo se hacían en la práctica los pliegos de preguntas a los testigos:

" los testigos que fueren presentados por la parte de [...] dirán y serán examinados a tenor de las preguntas siguientes:

1ª primeramente serán preguntados por el conocimiento de las partes, noticia de este pleito y demás generales de la ley.

2ª si saben que [...], 9ª, que lo saben porque es público y notorio, pública voz, fama y común opinión, digan y de todo den razón.[...] Otro sí digo, que la causa está recobida a prueba, y para hacer la que a mí parte convenga presento éste interrogatorio, suplico a VM le haya por presentado y mande que por el tenor de sus preguntas se examinen los testigos que presentare. Firmado, el Licenciado Nicolás Nieto.²¹⁶

Es claro que la práctica del foro no difiere de los mensajes que daban los prácticos en sus

²¹⁵ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 206.
TAPIA, Ob. Cit. Pág. 319.

²¹⁶ CHAN. VALLA. P.A. 3782-4.

formulorios, es decir eran plenamente coincidentes en cuanto a las fórmulas contenidas en el documento : los testigos se presentarán, se les preguntará como ha tenido conocimiento de los hechos sobre los que se les pregunta y la relación de preguntas. En lo único que la práctica introduce un dato es en la **numeración de las preguntas**. Así, las preguntas se diferencian y delimitan unas de otras lo que facilita tres aspectos a la hora de interrogar:

1- en el acta de las declaraciones no se transcribirán las preguntas, si no que se hará referencia al número que cada una tiene en el interrogatorio.

2-las respuestas serán más ceñidas y concretas cuanto más diferenciadas estén las preguntas.

3- las preguntas se unirán al unir el interrogatorio

El interrogatorio podía presentarse como se ha visto, o bien como un documento anejo a un pedimento específico de aportación del interrogatorio, en el que se dirá que se hace *presentación aparte, con el juramento necesario, de un interrogatorio de preguntas*; se pide que se tenga por presentado el mencionado interrogatorio y que en base a él se examinen a los testigos que se presentarán con citación de la parte contraria²¹⁷ o bien, el interrogatorio va **incorporado** a la petición,²¹⁸ presentándolo para la prueba que se intenta hacer.²¹⁹ En la práctica las dos soluciones eran utilizadas, aunque para **Gomez Negro** la práctica normal era la de presentar el interrogatorio y solicitar su admisión por medio de **otro sí**, aunque en algunos tribunales se haga la presentación del interrogatorio por un escrito separado concebido en los mismos términos, observándose ésta práctica en las salas del crimen de Chancillerías y

²¹⁷ JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pág. 26.

TAPIA, Ob. Cit. Pág. 320.

²¹⁸ MONTERROSO Y ALVARADO, Ob. Cit. Pág. 15.

²¹⁹ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 207.

Audiencias, aunque en las Salas de lo civil no se presentan de este modo, ya que se llevan a la Secretaría de Cámara correspondiente, donde los toman los receptores comisionados para hacer la prueba.²²⁰

En el mismo pedimento que se presenta con la lista de testigos, pueden hacerse otras alegaciones que se refieran así mismo a la prueba, éstas serían las que intentan evitar que **los instrumentos públicos puedan ser redargüidos de falsos**. Para evitar que se produzca sospecha de falsedad en los instrumentos que se intentan utilizar como prueba y que ya se han presentado, así como que pueda alegar que adolecen un vicio o defecto, se deben comprobar o cotejar con los originales o sus protocolos de donde se sacaron, con citación de la parte contraria y señalamiento de día y hora.²²¹ Esta petición deberá incluirse por medio de otro sí en el pedimento de presentación de listas de preguntas.

Presentado el interrogatorio en la escribanía, debe el escribano guardar los interrogatorios con la probanza que por ellos se hiciere, sin que sean vistos por nadie, únicamente por el juez y los testigos en el momento de declarar y ser examinados.²²² A la petición que le acompaña, debe el juez dictar auto en la que tiene por presentado el interrogatorio²²³ en todo aquello que pertenezca al juicio de que se trata.²²⁴ Con esta fórmula lo que se pretende es concretar que el interrogatorio es válido en cuanto a que el contenido de sus preguntas se ciñe a lo que en el pleito se está debatiendo; se hace necesario salvar así la validez de las preguntas a los testigos. La otra posibilidad que se puede dar es la de sustituir el auto de admisión del interrogatorio por una

²²⁰ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 207.

²²¹ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 190.

²²² JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pág. 26

²²³ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 207.

²²⁴ JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pág. 27.

diligencia del escribano al que se le presente; con este sistema se hace necesario en cualquier caso que se dicte un auto posterior sobre la admisión del contenido del interrogatorio.²²⁵

La obligación de custodia de los interrogatorios que tiene el Escribano, implica que se mantengan en secreto para el resto de los intervinientes en el pleito. Y la necesidad de secreto conlleva que las pruebas se hagan en piezas separadas, que se reservarán en las Escribanías, hasta que se haga publicación y se entreguen en el pleito.²²⁶

CAPÍTULO VII.- LA PRUEBA DE CONFESIÓN Y EL JURAMENTO EN JUICIO

Aunque la **confesión judicial** es un medio de prueba en el sistema procesal castellano, al igual que en el resto de sistemas cuyo origen está en el Derecho Común, y el juramento es un instrumento procesal ajeno a la prueba y a sus límites, ambas instituciones procesales han discurrido indisolublemente unidas hasta tal punto, que una de las formas de juramento, el llamado *necesario o supletorio*²²⁷ se fue incorporando a la prueba instalándose como una diligencia para mejor proveer. Pero la confesión no siempre fue prueba judicial; se sitúa como tal en el proceso procediendo directamente del Derecho Germánico y siendo adoptada por el Derecho Visigótico. El derecho Romano sólo reconocía dos medios de prueba en un proceso: los testigos y los documentos;²²⁸ a estos medios se añadió posteriormente la confesión judicial.

²²⁵ Ibidem.

²²⁶ ORTIZ ZUÑIGA, Ob. Cit. Pág.52

²²⁷ Esta posibilidad se da en el momento procesal en el que el Juez, una vez concluidos los autos para dictar sentencia, y teniéndolos a su vista, decide que para proveer mejor la decisión que ha de tomar, suspendiendo el trámite de sentencia, necesita que alguna de las partes confiese sobre determinado particular del pleito y así tomar mejor su decisión, es lo que procesalmente se ha llamado **diligencias para mejor proveer.**

²²⁸ El juramento, como instrumento procesal, no tenía reconocido carácter probatorio.

De su origen germánico y su ubicación en la justicia criminal antes de serlo en la privada, conserva esta institución un marcado matiz de sacralización, aunque en el desarrollo de las instituciones procesales durante la Edad Media, la confesión no tenía un gran valor reconocido,²²⁹ reduciéndose a casos determinados y exigiéndose en ocasiones que se completara con otro medio de prueba, tales como instrumentos o testigos.

Situándonos ya en la consolidación del proceso privado con su gran aporte del Derecho Común, es la confesión en juicio el medio de prueba que por sí mismo tiene valor probatorio pleno y que puede hacer que se decida un juicio. Su apoyatura en el juramento como forma de reconocer una verdad le da el valor que le hace llegar a ser la **reina de las pruebas**. Pero a pesar de su magnífico carácter, en la práctica seguía siendo la prueba de testigos la más utilizada. Con todo ello, y como iremos viendo, nos encontramos con un medio de prueba, de origen sacral y germánico, introducido en el proceso privado castellano para dirimir las contiendas en el nombre de Dios.

7.1. Evolución de la confesión como prueba en relación con el juramento.

La confesión en juicio como prueba, a lo largo de la formación del proceso y de sus normas reguladoras, no deja de tener una gran trascendencia, no sólo por su contundencia probatoria, sino porque puede servir para finalizar una gran cantidad de procesos en un momento inicial de la formación y desarrollo procesal coincidente con el período de la Alta Edad Media. Se produce una reducción de su valor con la recepción del Derecho Común y con su sistema de pruebas objetivas, que hace que la confesión en juicio (a la confesión extrajudicial nunca le fue

²²⁹ BENEYTO PÉREZ, Historia de la Administración española e Hispanoamericana, págs. 285 y ss.

reconocido valor probatorio salvo en casos tasados) se equipare con el resto de los medios de prueba.²³⁰ La proximidad de la confesión y el juramento, por tratarse de instituciones muy similares, nos hace establecer el origen de la confesión en la figura del juramento primitivo y sacral que quiere desplazar a la ordalía, pero cuya función, en el caso de la confesión es la de probar en el proceso. No se trata de preparar un pleito o de exculpar al demandado finalizando así el proceso, sino de probar unos hechos ya alegados por las partes. Aunque parece que el juramento de calumnia,²³¹ aquel que hace el actor o el demandado para garantizar una buena gestión procesal sobre el derecho que le asiste al pleitear, es una

3 figura que procede del derecho Romano, en realidad es una institución diferente de la confesión bajo juramento con valor probatorio.²³² El valor del juramento decae con la pérdida de la religiosidad y el avance cultural en la sociedad, pero en su forma permanece incorporado en la prueba de confesión que ha de hacerse **bajo juramento**, que en el caso que éste sea *decisorio*, decide o concluye la contienda, mientras que el juramento *indecisorio* que el confesante hace previo a absolver las posiciones su valor instrumental reside en que actúa en contra del confesante, pero sin decidir por sí mismo el resultado del juicio.²³³ Por lo tanto, se puede decir que en momentos de consolidación de las estructuras procesales, el juramento pierde su aspecto

²³⁰ Sobre la naturaleza de la confesión se crea un larga polémica desde el momento en que aparece en **Las Decretales** tratada en título aparte, y antes de los medios de prueba, por lo que se discute si la confesión es un medio de prueba o por el contrario, exime de hacer prueba sobre los hechos ya confesados; la realidad es que los efectos de la confesión hecha en juicio son equiparables a los de las pruebas procesales, por lo que al margen de su naturaleza o del momento procesal en que se plantea, se la considera una prueba más. MARÍA PAZ ALONSO, El proceso Penal en Castilla, pág. 18.

²³¹ Se suele equiparar al antiguo juramento de *mancuadra* por ser cinco las cosas sobre las que se debe jurar : ausencia de malicia en la demanda o en la contestación; las partes siempre dirán verdad; no se ha cohechado ni se cohechará a los oficiales reales; no se alegarán pruebas falsas y no se pedirán plazos con malicia. JORDAN DE ASSO, Ob. Cit. Pág. 296.

Es el juramento que hacen las partes de que en el pleito actuarán con verdad y sin engaño. P.P. 23.11.3.

²³² MARÍA PAZ ALONSO, Ibidem.

²³³ Sobre evolución, en general de las instituciones procesales, LALINDE ABADÍA, Ob. Cit. Págs. 757 y ss.

sacral y su valor exculpatório con carácter general, conservando sólo valor liberador aquel que se hace como supletorio de la prueba ya hecha cuando sus resultados son insuficientes.²³⁴ La legislación Real mantiene este criterio en los momentos de evolución y formación de las normas procesales. **El Fuero Real**²³⁵ admite que el juramento haga prueba cuando no exista otro medio para probar o cuando las pruebas de que se dispone sean insuficientes.²³⁶ En cuanto a la confesión en sí misma, aparece en la época de no fijación de las estructuras procesales confundida con el allanamiento del demandado, como una forma extraordinaria de finalizar el proceso.²³⁷

Antes de comenzar a hablar de la confesión como prueba procesal, hay que concretar que nos encontramos con un medio de prueba, que por sus especiales connotaciones y relaciones con el hecho de jurar adquirió valor de prueba plena; valor que originado en las instituciones germánicas se unió a los dos medios probatorios reconocidos por el Derecho Romano, es decir, los documentos y los testigos. Y en el sistema de pruebas legales y tasadas que influye el proceso castellano, la confesión adquiere la categoría de **reina de las pruebas** por no necesitar de más instrumentos que le hagan tener efecto; y también por servir para probar cuando los medios empleados no hayan sido suficientes. Pero a pesar de lo dicho, y del valor que la doctrina le dió, la práctica nos revela que la confesión no se utilizaba con toda la frecuencia que cabría esperar de todo lo ya dicho, mientras que las formas de juramento, que ya veremos más adelante, aparecen con profusión en los pleitos, antes de alegar y después de alegar; en realidad se podía declarar bajo juramento, a petición de la parte contraria o espontáneamente, sin límites de fases procesales.

²³⁴ PÉREZ PRENDES, Ob. Cit. Pág. 1275.

²³⁵ FR, 2.12.4.

²³⁶ VALLEJO, La regulación del proceso en el Fuero Real, pág. 537.

²³⁷ VALLEJO, Ibidem. LALINDE ABADÍA, Ibidem.

7.2. Sobre qué es la confesión y cuales son sus requisitos.

La confesión en juicio es un medio de prueba procesal que consiste en la declaración o declaraciones de las partes, a petición de la contraria, para que se manifieste sobre aspectos de hecho que tienen relevancia en el proceso; no es una declaración de ciencia o conocimiento y no se hace para que el juzgador llegue a tener constancia de realidades fácticas que ignora, sino para fijar en la sentencia unos hechos que tienen el valor de ciertos y verdaderos. Por lo tanto sus efectos se producen directamente en la sentencia por entenderse que los hechos han quedado probados.

Es la confesión de la parte en juicio el mejor medio de prueba²³⁸ ya que es prueba plena cuando se hace en juicio confesando la parte contra sí,²³⁹ y consiste en una "declaración judicial en forma de respuesta afirmativa que un litigante da en juicio a lo que el colitigante o el juez de oficio le pregunta una o más veces".²⁴⁰ **Las Partidas** llaman a la confesión *conocencia* que es hacer preguntas en juicio a las partes sobre cosa o hecho allí alegado. Supone que no se haga en el pleito otro tipo de prueba, ya que es la manera de probar más cierta y más ligera, y menos costosa para las partes que los testigos y los documentos.²⁴¹ Y *conocencia* debe entenderse como reconocimiento, porque por la confesión la parte reconoce el derecho y justicia del contrario.²⁴² Como se ve, el reconocimiento como prueba es general entre la doctrina que le reconoce un valor liberador del resto de las pruebas. E igualmente la doctrina se remite o se refiere a LAS

²³⁸ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 106.

²³⁹ SALA, Ob. Cit. Pág. 198. y HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. pág. 84

²⁴⁰ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 124.

²⁴¹ P.P. título XIII, de la Partida 3; introducción

²⁴² JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pág. 297.

PARTIDAS cuando ha de definir la confesión como prueba: *conocencia es respuesta de otorgamiento que le hace una parte a la otra en juicio*²⁴³ Se entiende por lo tanto, que en esencia la confesión supone un reconocimiento entre partes hecho en juicio por hechos en él contenidos, y la parte está obligada a contestar a las posiciones que se le hagan por la otra ya que lo manda el juez; y lo hará en su presencia, en secreto, sin dilación y sin que se le pueda dar término para aconsejarse; ha de responder clara y abiertamente, negando o confesando claramente.²⁴⁴ La confesión que se hace con estos criterios y reuniendo una serie de requisitos de ley es considerada como prueba plena y que supera a todas las pruebas:

"hace prueba plena, aprovecha al contrario del confeso, le exime del gravamen y precisión de probar, supera a todas las pruebas, porque ninguna iguala al dicho de propia boca, inutiliza las opuestas hechas por testigos o instrumentos a su favor, desvanece las presunciones contrarias, y es de tal calidad, que aunque se haga en proceso inepto o inválido, puede hacerse sentencia según ella, y el confeso se tiene por condenado sin ninguna otra"²⁴⁵

Como se puede ver, la contundencia del valor dado a la confesión como prueba era total, no sólo por lo que en sí misma puede suponer dentro del pleito, sino también en relación con los restantes medios de prueba, que no podían competir con la fuerza intrínseca de la confesión, a los que incluso podía invalidar. Al ser la confesión el mejor medio de prueba de todos los que se pueden utilizar en juicio, puede ser utilizada en cualquier momento del pleito, incluso después de conclusos los autos, siempre que no se haya dictado sentencia, y por lo tanto se puede pedir entre las partes que se absuelvan las posiciones siempre que se considere necesario la aclaración y definición de algunos de los hechos sobre los que no se haya confesado anteriormente. Además,

²⁴³ P.P. 1.13.3.

²⁴⁴ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 84.

²⁴⁵ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 126

el mismo juez puede de oficio acordar la confesión de una de las partes cuando considere que es necesario para el mejor entendimiento de lo que en el pleito se debate. De esta manera se evitan gastos y dilaciones para los litigantes, ayudando la confesión a que los pleitos sean más breves y menos costosos.²⁴⁶ Pero aunque pueden las partes pedirse confesión mutuamente en cualquier estado de la causa hasta sentencia, no está permitido por ley que el demandante o el demandado hagan más preguntas antes de abrirse la causa a prueba, que aquellas que sean necesarias para continuar el pleito,²⁴⁷ ya que son de tal naturaleza, que si no se hacen, el juicio no se puede plantear o seguir adelante.²⁴⁸

Una vez situados en el gran valor que la doctrina da a la prueba de confesión y qué se entiende por tal, vamos a concretar, siguiendo a los autores y lo que dicen **Las Partidas**, cuales son los requisitos que debía reunir semejante medio de probar para que tuviese toda la eficacia que se le daba dentro del pleito. Dice la **ley 4 del título 13 de la Partida 3**, que para que la *conocencia* pueda tener efecto, debe ser hecha voluntariamente, sin yerro, sobre cosa cierta y honesta, delante de la parte o su procurador y por persona hábil.²⁴⁹ Es decir, que los que confiesen tengan la edad necesaria, que declaren con claro conocimiento de los hechos, siempre a su voluntad y sobre cosa cierta.²⁵⁰ Se exigen por tanto una serie de garantías en la persona que confiesa y en las circunstancias en que la confesión se lleva a cabo, toda vez que los efectos de esta prueba son tan completos y tan determinantes para la parte que confiesa y para el pleito en

²⁴⁶ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 127. Insiste el autor en la conveniencia de que los jueces accedan siempre a las solicitudes de confesión cuando así lo pida alguna de las partes, ya que así se practica en la Corte.

²⁴⁷ Se están refiriendo a las diligencias preliminares para antes de comenzar el pleito y son aquellas confesiones que el que va a demandar tiene que pedir al que va a ser demandado para así poder poner su demanda. P.P. 1.10.3.

²⁴⁸ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág.109.

²⁴⁹ JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pág.298.

²⁵⁰ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 111.

sí mismo y su decisión final.

Elaboradas por la Doctrina, los civilistas, partiendo de **Azzo**, llegan a exigir **diez circunstancias** como requisitos de la confesión, que se resumen en una serie de versos:

" Major, sponte, sciens, contra se, ubi jus fit, ethostis,

Certum, lisque, favor, jus nec natura repugnet".

El desarrollo de este enunciado nos va a dar el contenido de las circunstancias que se debían tener en cuenta para que la prueba de confesión tuviese todos sus efectos en el proceso, o "para que haga daño al que la hace".²⁵¹

1º.- La confesión sólo puede ser hecha por quien sea de edad cumplida,²⁵² que será el mayor de veinticinco años, y si es menor y entró en la pubertad ha de hacerla con autoridad y a presencia de su curador²⁵³, siempre que éste no lo contradiga.²⁵⁴ Tampoco es válida la confesión hecha por mayores que sean locos o desmemoriados, si las personas encargadas de su custodia supiesen que alguna cosa en juicio podía causarles algún daño.²⁵⁵ Se sigue por lo tanto el criterio de la mayoría de edad como una garantía de que la persona que confiesa lo hace con su plena capacidad y con el conocimiento de lo que hace, suponiendo siempre que un menor no está capacitado para decir en contra suya. Pero fundamentalmente lo que se valora o se tiene en cuenta es que no exista ningún **vicio de conocimiento**.

2º.- Que se haga espontáneamente, sin amenazas, y sin miedo a la tortura, ni por engaño a promesa que le haga el juez de que le libertará, ya que no es válida la confesión conseguida por

²⁵¹ SALA, Ob. Cit. Pág.198.

²⁵² SALA, ibidem.

²⁵³ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 125.

²⁵⁴ JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pág. 298.

²⁵⁵ P.P. 1.13.3.

tormento a menos que al día siguiente el que ha confesado se ratifique en ella.²⁵⁶ Porque el miedo al tormento, a la muerte, heridas o deshonora, hace inválida la confesión sin que perjudique al que la hace.²⁵⁷ La existencia de la libre voluntad del que confiesa en juicio, se requiere para evitar que la prueba esté viciada al estar viciada también la voluntad de la persona que confiesa, pues toda declaración o consentimiento de voluntad se hacen nulos si en sí misma tiene un vicio o defecto, como sería el actuar apremiado por un miedo de tal fuerza que se hace invencible.²⁵⁸

3º.- Debe ser hecha la confesión con suficiente conocimiento o ciencia, ya que si se hace partiendo de un error de los hechos, error que después es probado, puede hacer que la prueba, y todo lo que de ella se derive quede invalidado; incluso aquel error no voluntario pero que parte de un estado de ánimo o de una falsedad anterior, puede tener los mismos efectos.²⁵⁹ Por lo tanto, la confesión hecha con *yerro*, puede no tener efecto contra aquel que la haga, y siempre antes de darse la sentencia puede probarlo.²⁶⁰ Estamos, igual que en el primer requisito, en el plano del conocimiento exacto para dar validez a una declaración de voluntad; si la menor edad puede ser causa de que la persona no tenga todo el conocimiento necesario para declarar en contra suya, el error involuntario o procedente de una ira o descontrol personal, hacen que lo declarado pueda

²⁵⁶ JORDÁN DE ASSO, Ibidem.
TAPIA, Ibidem.

²⁵⁷ P.P. 5.13.3.

²⁵⁸ Sobre la confesión obtenida con tormento, práctica sólo seguida en en los procesos criminales, ver MARÍA PAZ ALONSO, El proceso penal en Castilla. El actuar bajo la presión de un miedo real e insuperable, entraña un vicio tal que hace que el acto de conocimiento así efectuado nazca nulo. Así lo alega ANTONIO DE AVILA en el pleito que PEDRO GARCÍA le pone ante el Corregidor de Salamanca en 1715 para ejecutar una escritura de obligación. El demandado, en la oposición a la ejecución, presenta una escritura pública de protesta, hecha inmediatamente antes de obligarse, en la que hace la manifestación de que, estando en prisión, le violenta el miedo a las tropelías y mortificaciones que está sufriendo en la cárcel, por lo que todo lo que diga es "nullius". CAN.VALL.P.A.2485-G

²⁵⁹ TAPIA, Ibidem.

²⁶⁰ P.P. 5.13.3.
JORDÁN DE ASSO, Ibidem.

ser anulado antes de que se use para dictar sentencia.

4º.- La confesión ha de hacerse contra uno mismo, es decir en contra de la persona que confiesa;²⁶¹ el sentido de la prueba es precisamente el de perjudicar al que confiesa, y en ese matiz residen su gran fuerza probatoria, ya que debe presumirse que nadie mentiría nunca en detrimento propio, sobre hechos que sólo afectan precisamente a aquella persona que está confesando.

5º.- Es requisito imprescindible que la confesión sea hecha en juicio y ante juez competente o persona, oficial real, en la que el juez delegue.²⁶² Se ha de exigir además la presencia de la parte que ha pedido la confesión como prueba, o al menos su procurador.²⁶³ El hecho de que una persona declare bajo juramento sobre unos hechos, y que esas declaraciones hagan perjuicio en contra de quien confiesa, no tiene ningún efecto procesal si no se hace ante el juez que sea competente para conocer de la contienda en la que se pretende que haga efecto, pues la confesión extrajudicial no tiene ningún valor procesal si no se hace en el mismo pleito, aunque luego se pretenda aportar al proceso como un medio de prueba documental, ya que en este caso tendría el valor que según le correspondiese a una prueba de documento. Aunque la doctrina piensa que tiene valor la confesión hecha por orden del juez de la causa ante el alguacil o el escribano, la Ley no menciona esta posibilidad. En las escasas disposiciones que se dedican a la confesión y al juramento²⁶⁴, no se menciona la posibilidad de que se jure y declare ante el Alguacil o el Escribano, sino que se refiere a **"los oidores ante los que la causa pendiere, u**

²⁶¹ TAPIA, Ibidem.

²⁶² JORDÁN DE ASSO, Ibidem.
TAPIA, Ibidem.

²⁶³ P.P. 4.13.3.

²⁶⁴ Cinco leyes del Título 7 del Libro 4., N.R. además del título 11 de la PARTIDA 3.

otro juez ante el escribano de la causa".²⁶⁵ A lo que se está haciendo referencia , es que la confesión podrá hacerse ante los oidores que conocen de la causa, o bien ante otro juez, que puede no ser a quien le corresponde el fallo por actuar por delegación o por comisión, pero sí ante el escribano de la causa, lo que no quiere decir que pueda hacerse la confesión ante un oficial sin la presencia del juez.²⁶⁶

6º.- Ha de estar presente siempre la parte contraria, o su Procurador, precisamente por ser quien ha pedido que se haga la confesión y ha confeccionado las posiciones sobre las que quiere que su contrario confiese; aunque hay que suponer que las declaraciones van dirigidas al juez para que tenga mejor conocimiento de los hechos y pueda mejor fallar, la presencia de la parte supone, no sólo una garantía de veracidad en la prueba, sino también que las incidencias y valoraciones que se hagan necesarias al juez puedan pasar por ella, pues se pueden hacer preguntas en le momento de la confesión no directamente de la parte , sino de ésta a través del juez. Al fin y al cabo las partes pueden pedir las confesiones de sus contrarias en cualquier momento del pleito, y en consecuencia pueden pedir aclaraciones o afirmaciones cuando se hace la confesión, es decir, la intervención de las partes en este momento está justificada. Aunque en la práctica no siempre se hacía así, la citación a la contraria podía evitarse, y como nos dicen los autores, rara vez se usaba esta diligencia, más bien se hacía la prueba sin la citación y presencia de la parte contraria,y después de lo documentado en los autos se daba traslado.²⁶⁷

7º.- La confesión debe ser hecha sobre cosa, cuantía o hecho cierto, tanto sobre el

²⁶⁵ N.R. 2.7.4.

²⁶⁶ La intermediación del Juez en la práctica de las pruebas no estaba reconocida o mencionada, y podía en ese momento pensarse que lo documentado en los autos era suficiente para que el juez, a la vista de lo declarado por la confesante pudiese dictar sentencia. Se puede tener la certeza, por los comentarios y las críticas hacia la forma de hacer justicia de los jueces, que aunque en las actas apareciese que estaba presente el juez, que no se correspondiera con lo que en realidad ocurría.

²⁶⁷ TAPIA, Ibidem.

fundamento como sobre la cantidad, ya que no existiendo esta certeza no puede recaer sentencia y por lo tanto no perjudica al que confiesa; si la no certeza parte de un error , podría aquel que lo ha sufrido probarlo antes de sentencia para así evitar que el resultado gravoso de la prueba recaiga sobre ella.²⁶⁸ Se sigue el criterio de exigir que lo que contiene la demanda sea sobre algo cierto y determinado, por lo que el que demanda debe fijar los límites de su reclamación, tanto en cantidad como en calidad o por circunstancias de lugar o tiempo. En el caso de que la persona que confiesa no precise estos límites, el juez puede compelerle para que responda concretamente a lo que se le pregunta, siempre claro está, que la pregunta esté hecha con toda certeza, ya que si no es así el confesante no está obligado a responder.²⁶⁹

8º.-La confesión tiene que ser hecha en juicio para que haga fuerza de verdadera prueba, pues la que no se hace en el pleito solo tendrá valor de presunción a efectos probatorios.²⁷⁰ El rotundo valor procesal de la confesión como un instrumento probatorio, depende, entre otros factores, de su realidad procesal: "*y sobre todo que sea hecha en juicio*" se dice en **Las Partidas**, como el requisito de inmediación en el procedimiento que confiere el carácter procesal un hecho tan personal como reconocer unos hechos propios. Por ese matiz personalista de la prueba, si la confesión se ha hecho fuera del marco procesal, sólo se le debe dar el valor de una presunción, lo que supone procesalmente y prácticamente, que dicha declaración necesita de otra prueba complementaria, como la de testigos o documentos, para poder ser valorada como prueba procesal plena.

9º.- El contenido de la confesión no puede darse en favor del que confiesa, ya que si está

²⁶⁸ TAPIA, Ibidem.
P.P. 4.13.3.

²⁶⁹ P.P. 6.13.3.

²⁷⁰ TAPIA, Ibidem.

contestando a posiciones que le favorecen, lógicamente se está liberando al confesante de una carga, y además tendría el valor de lo probado por un testigo.²⁷¹

10º.- La confesión no debe ser hecha contra la naturaleza ni contra la ley. Contra la naturaleza porque el objeto de la confesión sería un hecho imposible, tal como que el hijo es de mayor edad que el padre, y por lo tanto sería nulo por su mismo contenido. El mismo resultado tendría lo confesado contra lo que disponen las leyes reales, haciendo inválido el resultado de lo que se pretende probar.²⁷²

Se pueden resumir los requisitos exigidos para que la confesión sea válida, como aquellos que afectan a la persona que confiesa y a su capacidad, aquellos que se refieren a las circunstancias procesales, y finalmente los que afectan al propio contenido de la manifestación de voluntad. Los dos primeros grupos de circunstancias exigibles para que la confesión tenga el valor que se pretende, las circunstancias personales y procesales, pueden y deben ser exigidos y controlados por el juez de la causa o por el juez ante el que se celebre la prueba; deberá preguntar al confesante su edad aproximada y observar si en su personalidad pueda tener deficiencias que le hagan incapaz para contestar a las posiciones; igualmente, como controlador del procedimiento y sus normas, será de su cargo que la prueba se instrumente procesalmente correcta. Sólo en el grupo de requisitos que se refieren a elementos personales del confesante, tales como la voluntad y el conocimiento, queda al arbitrio de la parte que confiesa, o de la contraria, la facultad de impugnar la prueba y su valor en el pleito. Por lo demás, una confesión hecha en juicio ante juez competente y a presencia de contrario, por persona con capacidad, sin error en el conocimiento y la voluntad, sobre cosa cierta que no vaya en contra de la naturaleza

²⁷¹ Ibidem.

²⁷² TAPIA, Ibidem. y P.P. 4 y 6. 13. 3.

o de las leyes, será prueba plena a favor del que pide la confesión, sin que tenga resquicios o imperfecciones que le hagan necesaria de ser completada con más medios de prueba.

7.3. Las clases de la prueba de confesión.²⁷³

Aunque la prueba de confesión es una institución procesal de carácter único y diferenciado de las otras pruebas por sus propias características internas, la doctrina del Derecho Civil elaboró una división en especies de la prueba de confesión según determinadas circunstancias que la podían afectar. Y lo hace con el criterio de anteponer conceptos contrarios.

a) confesión verdadera o tácita, también llamada ficta..- La verdadera confesión es aquella que se hace en un juicio, compareciendo la parte confesante, o su procurador especial, que reúne los requisitos exigidos por la ley, y en la que se responde a las posiciones con palabras o señales manifiestas e inequívocas, negando o confesando sobre lo que se le pregunta.²⁷⁴ En contraposición a esta especie de prueba, se coloca la confesión que se supone hecha, por rebeldía del confesante, por negarse a contestar o por responder indebidamente.²⁷⁵ Si el que confiesa contesta que no sabe a lo que se le pregunta, o si una vez que el juez le ha mandado que responda a las posiciones más de una vez, no quiere responder o no lo hace claramente, ha de ser tenido por confeso , lo mismo que una vez preguntado se ausenta. El ser tenido por confeso supone "que en todas aquellas cosas que en las posiciones y artículos se contienen, sobre que no respondió

²⁷³ Para las clases de confesión, TAPIA, 125 y GÓMEZ NEGRO 109.

²⁷⁴ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 125.
GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág.109.
N.R. 1.7.4.

²⁷⁵ Ibidem.

y le fue mandado, que sea habido por confeso y así lo pronuncie luego el juez por sentencia"²⁷⁶

El no querer contestar equivale como si otorgase aquello sobre lo que le preguntan, lo mismo que para el que elude la respuesta clara,²⁷⁷ por lo que parece que el legislador tiene la intención de penalizar estas conductas procesales que no se atienen a la buena fe y para ello le da a estos actos el valor contrario del pretendido por el que los realiza. Sirve además esta **ficta confesio** para no alterar el curso del procedimiento en las pruebas; las pruebas se solicitan, se autorizan y se llevan a cabo, y la intervención de mala fe de una de las partes no puede interrumpir el curso del pleito, para ello se utiliza de nuevo una ficción procesal, similar a la de la ficta respuesta o contestación a la demanda, que se entiende como una herramienta para nivelar posibles situaciones no encuadradas en una conducta procesal correcta.

b) confesión simple y confesión calificada. El tipo básico de prueba de confesión es aquel en el que el confesante lo hace de forma *lisa y llana* afirmando o negado sin más sobre aquellos hechos que su contrario en el pleito le pregunta, ésta sería la llamada confesión simple. Por el contrario, cuando la parte que confiesa, al hacerlo lo hace añadiendo alguna calidad, circunstancia o cualidad, de tal manera que destruye la intención del interrogante poniéndole en la necesidad de hacer nueva prueba sobre lo añadido o modificado al confesar. Este tipo de confesión puede ser a su vez dividua o individua según que la circunstancia se pueda separar o no del hecho confesado.

c) confesión judicial y extrajudicial. Aunque ya se ha comentado que la confesión hecha fuera del juicio no tenía el valor liberatorio que se daba a la confesión hecha en juicio, podía la parte ante la que se confesaba extrajudicialmente utilizar esta prueba en juicio, aunque como

²⁷⁶ N.R. 1.7.4.

²⁷⁷ P.P. 3.13.3.

prueba **no plena** que necesitaba de ser completada por otros medios probatorios, teniendo el mismo valor que una presunción. Por lo tanto, se debe tener como un tipo imperfecto de confesión, frente a la **hecha en juicio**, que sí tenía todo el valor y fuerza probatoria reconocida a la prueba. Se entiende como prueba extrajudicial aquella que se hace ante un juez, pero no el competente para conocer de la causa, o para recibir la prueba, o bien ante un juez árbitro.

7.4. Las posiciones y su valor frente al interrogatorio. Forma de hacerse

Tanto la confesión y el juramento, como la prueba testifical son instrumentos procesales eminentemente **personales** y tienen en su forma matices coincidentes; ambas pruebas se hacen ante juez competente, o persona que éste designa, consistiendo en preguntas y respuestas. La primera diferencia entre ambas es la persona a la que se le dirigen las preguntas, ya que en la confesión ha de ser necesariamente formulada a una persona que sea parte en el pleito, mientras que en la prueba por testigos, las personas que responden a las preguntas son terceros ajenos al pleito. Pero es la propia forma de las preguntas y sus matices lo que las hace ser diferentes.

Si la confesión sólo debe referirse a los hechos y asuntos que son del pleito, las posiciones deben ser por lo tanto concernientes al punto controvertido,²⁷⁸ que se debe hacer clara y positivamente, y no con oscuridad o en forma de pregunta *porque el que las pone afirma como cierto lo que en ellas asienta.*²⁷⁹ No se le hace una pregunta al que confiesa, sino que se le conmina a que diga que es cierto determinado hecho o circunstancia. De ahí que la definición dada por la doctrina sea la de *simple aserción hecha por escrito de hecho perteneciente a la causa, sobre el cual pide en juicio el litigante que el otro declare bajo juramento, para relevarse*

²⁷⁸ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 27.

²⁷⁹ Ibidem
GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 107.

de probarle.²⁸⁰ Mientras en las posiciones, que es la forma de preguntar en confesión sobre la certeza y autenticidad de los hechos litigiosos, (de ahí que se exprese diciendo que el contrario declare como que tal hecho es cierto o incierto) se pretende de la parte que confiesa que afirme como cierto lo que se le está preguntando. Por el contrario en las interrogaciones o artículos de la prueba de testigos, existe una intención del que pregunta para probar determinadas circunstancias, y así no los formula la parte como hechos ciertos sino en forma de interrogación, no de afirmación. La consecuencia de esta intención de averiguar la certeza de determinadas circunstancias del objeto litigioso, hace que las preguntas que se hacen para interrogar a los testigos no sólo las pueda hacer la parte que los presenta, sino que también puede el juez hacer preguntas en le momento del interrogatorio para mejor conocimiento de lo que allí se prueba.

Por lo tanto, mientras que las preguntas que la parte que presenta a los testigos consisten en preguntarles si saben o conocen determinados hechos, y que expliquen cómo y porqué los conocen, sin que el preguntado en este caso tenga más obligación de responder que la que deriva de su propio conocimiento, las posiciones que se hacen en la confesión contienen una carga de profundidad para el resultado del pleito y para el que confiesa: no se pregunta a la parte que diga lo que sabe sobre hechos o circunstancias de la contienda, sino que **confiese que es cierto lo que el contrario afirma**; en este reconocimiento de veracidad de las afirmaciones del contrario, con su matiz de afirmar y corroborar lo que dice en el pleito, está su verdadera fuerza; si alguien, estando sujeto a juramento, reconoce que lo que afirma su contrario en el pleito es verdad, está admitiendo la razón de esta parte en la contienda y liberándole de tener que seguir probando y demostrando lo que alega. De ahí, que las posiciones se deben formular antes de la prueba de testigos, ya que si el confesante reconoce lo que se le reclama, es innecesario seguir probando

²⁸⁰ Ibidem.

para que el juez conozca, pues en su misma afirmación está toda la fuerza de la prueba.²⁸¹

Forma de hacerse las posiciones y realidad práctica de la prueba de confesión.

La confesión judicial, como institución procesal, está encuadrada en el proceso, de ahí que para tener valor como tal, haya de ser realizada a presencia judicial y con los requisitos y formalidades de la ley y la práctica. Y en la inmediación del acto con el juez, éste se resuelve de una forma simple. En principio, el confesante, que siempre es la parte contraria a la que solicita la prueba, ha de comparecer ante el juez en un momento determinado, ya que al acto se ha de convocar a la parte que ha solicitado la prueba en cuestión, y después de jurar con las fórmulas de rigor, el juez ha de transmitirle las preguntas o **posiciones** que le ha presentado en su momento el solicitante de la prueba; previo a este comienzo el juez ha de considerar si estas posiciones, dada la trascendencia que han de tener para el confesante, se ajustan a lo pedido en el pleito y por lo tanto son **pertinentes**. Se realiza el interrogatorio por el sistema de contestación o *absolución* a las cuestiones que le ha formulado la otra parte.²⁸²

Para entender cual era la forma real de realizarse esta prueba procesal, hay que estudiarlo en los autores, en los prácticos, fundamentalmente por los formularios que incluyen, ya que en los pleitos aparece pocas veces esta prueba como solicitada y realizada²⁸³

²⁸¹ En la práctica no se daba este mecanismo liberador de la confesión, ya que se utilizaba como una prueba más incluso a continuación de la prueba testifical.

²⁸² LALINDE ABADÍA, Ob. Cit. Pág. 786.

²⁸³ El porcentaje de confesiones es muy bajo en el material con el que se ha trabajado (aproximadamente unos cuarenta pleitos en los que sólo aparecen dos confesiones como tal prueba). Especular cuales eran los motivos por los que se prefería la prueba testifical sobre la de confesión, no pasa de ser precisamente eso, especulaciones. Se podía pensar en las dificultades para traer a la confesión a la parte contra la que se litiga, como una resistencia al resultado tan definitivo; se puede volver a pensar en el interés económico de los profesionales que en ellos intervienen: procuradores, abogados, escribanos, receptores, que ven incrementados sus ingresos al aumentar también el número de actuaciones judiciales. Y si la confesión tiene un efecto liberatorio y decisorio en el pleito,

En principio las posiciones deben presentarse de tal forma que se garantice el hecho de que no sean conocidas por el confesante hasta el momento de llevarse a la práctica la prueba, o lo que es lo mismo, recibirse por el juez; para ello se presentan en un pliego cerrado y sellado, que no se abre hasta el momento de ir a contestar el litigante.²⁸⁴

Pero ya que se ha visto que el arranque de la práctica de la prueba de confesión son las llamadas *posiciones* o preguntas que se han de hacer al confesante. Vamos a partir de su estudio para seguir conociendo lo que era confesar en juicio y con valor de prueba. Ya hemos visto que la prueba de confesión es una facultad de ambas partes, y por lo tanto las posiciones las pueden formular tanto el demandante como el demandado, aunque en la práctica es más frecuente que sea el actor quien se la venga a pedir al demandado, siempre después de contestada la demanda que confiese.

"posición es simple aserción hecha por escrito de hecho perteneciente a la causa, sobre el cual pide en juicio el litigante que el otro declare bajo de juramento, para relevarse de probarles"²⁸⁵

Se trata de diferenciar los límites y contenido de las posiciones con el fin de que los escribanos no las confundan con las preguntas o interrogaciones que se hacen a los testigos.²⁸⁶

En consecuencia, al referirse las posiciones a algún hecho del pleito, deben estar hechas de forma asertiva y no en forma de interrogación,²⁸⁷ es decir, el contenido de las posiciones no sólo

hace que estén de más todas aquellas pruebas que se planteen, lo que hace pensar que los letrados preferían los testigos a la confesión por el hecho de que para hacer prueba, con los baremos de su valor, debían hacer comparecer a numerosos testigos. En cualquier caso, no deja de ser una pregunta el por qué, siendo la confesión la reina de las pruebas, y sus efectos totales en el pleito se usaba de una forma tan restringida.

²⁸⁴ ORTIZ DE ZÚÑIGA, Ob. Vit. Pág. 43.

²⁸⁵ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 127.

²⁸⁶ Ibidem.

²⁸⁷ ÁLVAREZ, Ob. Cit. Pág. 241.

ha de ser de los hechos relativos al punto controvertido, sino que también deben estar hechas clara y positivamente, y no con oscuridad o con forma de interrogación.²⁸⁸ Porque precisamente la forma y contenido de las preguntas o interrogaciones que se hacen a los testigos deberán estar hechas en forma de interrogación "que son parto de la intención del interrogante"²⁸⁹ y quien contesta no confirma que lo que se le pregunta es cierto o no, sino que responde en conciencia lo que sabe y conoce de determinados hechos. Se podría decir que un testigo al contestar a lo que se le pregunta ha de implicarse más en su respuesta que una persona que confiesa, ya que el testigo ha de hacer un acto de conocimiento y relación de lo que se le pregunta y de los hechos que conoce, mientras que el confesante se ve limitado a contestar si los hechos que se le plantean son o no ciertos. Con el matiz diferencial en cuanto su vinculación al resultado del pleito, ya que el confesante está mediatizado por el resultado, que en parte depende de su respuesta, y el testigo es un tercero llamado, al que se le ha de suponer que no tiene interés personal en el resultado de la contienda. El autor, **Tapia** en este caso, insiste en diferenciar las posiciones de las preguntas o interrogaciones, "bien que hoy los confunden muchos"; se debe tener en cuenta este comentario pues viene a reflejar una situación en la práctica. Por ello insiste dándonos un catálogo de diferencias entre ambas mecánicas procesales, diciendo en que se diferencian las posiciones de las interrogaciones:

-1º.-en su origen, ya que las posiciones fueron inventadas por la costumbre y las preguntas por el derecho. Con esta afirmación se hace referencia al origen de ambas pruebas: es la prueba de testigos una forma de probar procedente y propia del derecho Romano que llega a nuestro derecho con sus principios, formas y estructuras, mientras que la confesión, de origen

²⁸⁸ Ibidem.

²⁸⁹ Ibidem

más tardío y germánico arranca de un derecho menos estructurado y con matices más consuetudinarios que el Derecho Romano.

2º.- por su forma, ya que la preguntas a los testigos se hacen en forma de **interrogación** mientras que las posiciones se hacen de forma **afirmativa** de algún hecho.

3º.- Por su finalidad, las posiciones van dirigidas a liberar a la parte que las utiliza de tener que hacer más pruebas, mientras que las preguntas que se hacen a los testigos van dirigidas precisamente a la realización de actos de prueba.

4º.- El que confiesa en juicio afirma al contenido de las posiciones, si ha sucedido o no, qué debe hacer o no, qué es cierto o incierto aquello sobre los que se le pregunta. De ahí que la forma de preguntar en el foro sea *confiese como es cierto, o incierto*; por el contrario no afirma ser verdadero el contenido de las preguntas, sino que dice lo que cree saber, de ahí que la fórmula forense sea *si saben, han visto o tienen noticias*.

5º.-Mientras que las interrogaciones a testigos son comunes a las causas civiles y criminales, las posiciones son propias de los pleitos civiles o privados.

6º.-Mientras que las posiciones son un facultad exclusiva de la parte, no pudiendo intervenir el juez nada más que en caso de duda, las preguntas a los testigos pueden hacerlas tanto la parte como el juez. El argumento sería que las posiciones anteceden o sustituyen a priori a la prueba, y por lo tanto el juez nada tiene que probar.²⁹⁰

Aunque esta clasificación y diferenciación se trate de una elaboración de tipo doctrinal, no deja de tener reflejos de la realidad en la práctica de los tribunales, por lo que su utilidad radica en lo que de ahí transciende. Al tener las posiciones el valor liberatorio del pleito que se pretenden, hace que en la práctica se traduzca en un excesivo cuidado y control, por ello no

²⁹⁰ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 128.

pueden cambiarse ni enmendarse una vez que están en los autos, salvo que sea inevitable porque haya existido un error de hecho, o bien por no ser lo suficientemente claras, y se pueden variar o hacer aclaración a petición de la parte contraria que es la que está obligada a contestar. En cuanto a la presentación de las posiciones que se le han de hacer al que va a confesar, aunque deberían presentarse en un pliego diferenciado del interrogatorio de testigos, ya que según el sentido de la prueba, la confesión ha de ser previa a la prueba testifical por su carácter liberador y excluyente, en la práctica, y para abreviar, lo que se venía haciendo era presentar el interrogatorio de preguntas para los testigos que tenían que ser examinados a tenor suyo, y en un **otrosí** de ese mismo pedimento, se decía, que antes de proceder al examen de los testigos, jurase posiciones el contrario al tenor de todas o algunas de las preguntas del interrogatorio; también podía pedir la parte que se haga la confesión antes de presentar el interrogatorio, y formar éste sólo sobre lo no confesado, ya que no en todos los pleitos se puede pedir la confesión de las partes, pues no siempre éstas conocen todos los hechos relativos a la prueba, lo que supone algo superfluo e innecesario el pedir que confiesen cuando de antemano se sabe que no pueden hacerlo.²⁹¹

Aunque el sujeto de la confesión está reservado a aquellas personas que sean parte en un pleito, como cualidad elemental, ya que no puede confesarse por otro, se admitía que los procuradores lo hicieran en nombre de las partes a las que representaban, y con poder especial que hacer este acto. En estos casos, el que pide que la confesión se haga a través de la persona del procurador, debe hacer constar la protesta de que lo que diga no le vincula salvo en lo que le sea favorable.²⁹² Así lo permite la ley real, cuando la parte estuviera ausente, puede su

²⁹¹ TAPIA, *Ibidem*.

²⁹² GÓMEZ NEGRO, *Ob. Cit.* Pág. 111.
TAPIA, *Ibidem*.

procurador, con poder especial, que esté bien instruido e informado, responder bajo juramento a cada una de las posiciones que le fuesen puestas, con la verdad de lo que supiese, aunque estén puestas por escrito, **confesando o negando simplemente y sin cautela, y no por palabra de creo, o no creo, bajo pena de quedar por confeso**²⁹³. Se requiere, como requisito previo, la ausencia del llamado a confesar para justificar la presencia del procurador en la confesión. Ahora bien, si se entiende que los hechos sobre los que se ha de preguntar son personalísimos, así como las respuestas, el simple mandato que se da al procurador con carácter general para actuar ante los Tribunales no puede amparar la facultad de confesar, de ahí la exigencia de un poder con carácter de especial para confesar, en el que el poderdante faculta al apoderado para que absuelva las posiciones. El segundo aspecto a tener en cuenta en esta situación es precisamente el hecho de que la absolución de posiciones implica o supone una vinculación personal con lo que se pregunta y lo que se contesta, por lo que en la absolución de las posiciones el procurador apoderado debe contestar según lo que conoce personalmente y no lo que supone que ha de saber la parte interesada en el pleito.

Para los casos en que fuese el Procurador la persona que contestase a las posiciones, podía utilizar una fórmula que le hacía evitar que lo dicho en confesión le pudiese perjudicar. Consistía en una cláusula o protesta de "no estar a lo dicho, sino en cuanto le sea favorable",²⁹⁴ con la que se evitaban los posibles inconvenientes o perjuicios derivados de la respuesta a las posiciones.

En cuanto a la forma material de hacerse y contestarse las posiciones en una prueba de confesión, pocas veces nos encontramos con una ley Real que regule con detenimiento la forma

²⁹³ N.R. 2.7.4.

²⁹⁴ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 111.

de llevar a efecto un acto procesal; en el caso de la prueba de confesión, recoge la **Nueva Recopilación** dos disposiciones, la primera dada por Juan II en las Cortes de Briviesca en 1387, en la que se prescribe que cada una de las partes ha de responder a las posiciones por palabras de niego o confieso, o lo creo o no lo creo.²⁹⁵ En el caso de que el contenido de la respuesta sea que no sabe de aquello sobre lo que se le pregunta, no puede ser tomada por recibida esa contestación, y el confesante será tenido por confeso. En los casos en los que se dé negativa a contestar, cuando el juez se lo tiene que mandar más de una vez, o contumacia en comparecer a responder, igualmente será tomada esta parte por confesa, y así se hará constar en la sentencia.²⁹⁶

La segunda disposición pertenece a **Las Ordenanzas de Madrid, de 1502**, y es una reiteración de la anterior; se manda que ante el juez de la causa, ya sea oidor u otro juez, y a presencia del escribano, la parte ha de responder bajo juramento a las posiciones que por la otra parte se le hagan, de forma secreta y apartada, sin dar traslado ni tiempo para deliberar y sin consejo de letrado, y sin que tenga el juez que mandarlo más de una vez.²⁹⁷

Se pueden exceptuar los casos en los que las preguntas se referían a libros o cuentas, en los que el confesante, acompañado del juez o del escribano, puede recoger los papeles y en su vista declarar, y en el supuesto en el que el confesante tenga más de 70 años o esté desmemoriado, en este caso no debe contestar inmediatamente, sino que se le debe entregar copia de lo que se le pregunta, siempre que previamente se haya justificado la edad o el hecho de estar

²⁹⁵ Se deberá responder otorgando o negando llanamente aquello sobre lo que se le pregunta, y si aquel al que se le pregunta tiene alguna duda y necesita un tiempo para acordarse, debe el juez darle ese tiempo para recordar mejor la respuesta. P.P. 3.13.3.

²⁹⁶ N.R. 1.7.4.

²⁹⁷ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág.84.

desmemoriado.²⁹⁸

En este aspecto esta segunda norma es más restrictiva que la mencionada, pues no permite la insistencia en las preguntas del juez para exigir la obligación del confesante e hacerlo. Para los casos en que la posición contenga varias partes o apartados, el que responde está obligado a hacerlos a cada una de las partes de la posición, sin que pueda contestar diciendo que la niega, y si no responde será tenido por confeso. Y para evitar la posibilidad de que los confesantes perjuren, impone la ley una pena para estos casos, además de las que se le impongan por el delito de perjurar, específica, que equivale al perjuicio que ha de soportar el confesante que hace perjurio en el pleito en que ocurre, en este sentido, al actor se le dará por perdida la petición, y al demandado se le tendrá por confeso en las posiciones que se le hayan hecho.²⁹⁹

Se puede deducir claramente del contenido de estas dos leyes, que la intención del legislador en insistir en una manera *garantista* de realizarse por los jueces la prueba de confesión. En principio, la segunda de las leyes insiste en el hecho de que se hará ante un oidor o un juez, a presencia del escribano, de forma reservada,³⁰⁰ incluso secreta, sin que al confesante se le permita consultar, ni siquiera con su letrado para hacer las respuestas,³⁰¹ pero se le exige

²⁹⁸ BERNI Y CATALÁ, Apuntamientos de Partidas, pág. 92. Se contradice con el criterio de pleno juicio y conocimiento del que confiesa.

²⁹⁹ N.R. 2.7.4.

³⁰⁰ Fuera de este Libro de la Nueva Recopilación, en el Libro II en el que se regulan las funciones del Presidente y Oidores de Chancillería, se recoge una norma dada al siguiente año a las Ordenanzas de Madrid, en la que expresamente se dice y se insiste, en que en los pleitos que a los Oidores les parezcan de gravedad e importancia, deben guardar lo dispuesto en ley de Madrid, recibiendo personalmente las posiciones y juramentos de las partes, tomando la confesión en su propia persona sin encomendárselo a otra, no sirviendo la tomada ante escribano aunque se ratifique después ante el oidor. N.R. 60.5.2.

³⁰¹ El juez no debe permitir que el abogado del que confiesa esté presente en la declaración, ni darle copia de las posiciones, ni tiempo para que se aconseje, pues debe responder a ellas en el mismo acto. TAPIA, Ibidem.

En LAS PARTIDAS hay una gran desconfianza hacia la intervención de los abogados en este tipo de actuaciones, ya que se sospecha de los consejos que puedan dar a la parte que confiesa, por lo que el juez no debe dejar que el abogado esté con su defendido mientras éste confiesa; pues ocurre que los abogados, con su interés por ganar el pleito no guardan a Dios ni a sus almas, y hacen a sabiendas que las partes nieguen la verdad de las cosas sobre que les hacen las preguntas. P.P. 3.13.3.

concreción en la forma de responder y se penan las actitudes contrarias, tales como eludir un respuesta concreta,respondiendo ambigua y confusamente³⁰² negarse a contestar a lo que se le pregunta, incluso ausentándose para no hacerlo³⁰³; y por último contestar a sabiendas algo que no es cierto, para lo que se articulan consecuencias que van en perjuicio de la parte que tales manifestaciones haga.

El matiz que contienen estas dos leyes mencionadas de la **Nueva Recopilación** en cuanto la exigencia y obligación de contestar a las preguntas que se le hagan que tiene el confesante, queda matizada o paliada por lo que **Las Partidas** regulan en estos casos, y que se refiere a preguntas confusas o que no se afectan al pleito, que los litigantes no están obligados a contestar ni el juez debe admitirlas ni hacérselas a la parte a la que se le pide que confiese.³⁰⁴ De esta manera las preguntas se han de hacer de forma cierta y con pocas palabras, no conteniendo muchos argumentos en uno, de manera que el preguntado las pueda entender y responder con certeza, pues en caso contrario no será tenido por hecha ni la parte a la que se le haga obligada a contestar.³⁰⁵

Para los casos en los que el confesante está ausente del lugar en el que se sigue el pleito, pueden pedir las partes carta-receptoria para las justicias del lugar en el que estuviere la parte ausente para que le hagan responder a las posiciones que le hayan sido puestas, respuesta que deberá ajustarse a lo dispuesto en las leyes que se han mencionado.³⁰⁶ Por supuesto que el

³⁰² TAPIA, Ob. Cit. Pág. 129.

³⁰³ TAPIA,Ibidem. El autor nos dice que en casos de ausentarse el confesante para eludir hacer la confesión, deberá requerirle el juez por tres veces, con tres autos, antes de tenerle por confeso a las posiciones.

³⁰⁴ TAPIA,Ibidem.

³⁰⁵ P.P. 2.12.3.

³⁰⁶ N.R. 3.7.4.

documento para hacer esta prueba a través de receptor, debe ser solicitado por la parte interesada, haciendo referencia a que

"las contrarias juren de calumnia, por los artículos y posiciones que por mi parte se pondrán, clara y abiertamente, negando o confesando, conforme a la ley, bajo pena de ella"³⁰⁷

Por lo demás, la carta o provisión para hacer la prueba sigue los trámites y pasos establecidos para el resto de estos documentos.

Finalmente, hay que hacer una referencia a la fórmula de hacer el juramento previo a la absolución de posiciones, ya que se entiende el juramento como un requisito esencial para que la prueba tenga validez. La fórmula que se utilizaba era abreviada, en la que se hacía constar que se recibía juramento en forma de derecho, por Dios nuestro Señor y una señal de la Cruz, haciéndolo así el confesante, prometiendo decir verdad.³⁰⁸ **Las Partidas** decían que se debe jurar por una cosa santa, que no entiende que sea cielo, tierra u otra criatura, sino por Dios primeramente, y por Santa María su madre o por alguno de los otros santos; también cabe jurar por la Cruz o por el Altar, e incluso por la Iglesia.³⁰⁹ En otro título de la misma Partida se regula con minuciosidad la forma de jurar a la que se han de sujetar cristianos, moros y judíos para que su juramento revista carácter de validez; no dejan de ser fórmulas a tener en cuenta, aunque como se ha dicho la práctica había establecido una forma simplificada de jurar.³¹⁰

Al comenzar a hablar de la confesión en juicio como prueba, ya se hizo notar la escasa incidencia de este medio probatorio en la práctica forense, en los pleitos era infrecuente que se

³⁰⁷ PÉREZ DE AYALA Y AULESTIA, Formularios de la Chancillería de Valladolid, fol 69.

³⁰⁸ Ibidem.

³⁰⁹ P.P. 1.11.3.

³¹⁰ P.P. 19, 20 y 21. 11.3.

pidiese que una de las partes confesase a las posiciones que le hacía la contraria, prefiriéndose con mucho las declaraciones de testigos para hacer prueba sobre la confesión de parte. Pero aún así se puede ver como se desarrollaba este paso procesal en la práctica.

En principio, se solicitaba que una de las partes confesase a continuación del interrogatorio de preguntas para los testigos.

El pliego, en general, se encabezaba con la fórmula "por las preguntas siguientes serán examinados los testigos que fueren presentados"; a continuación se hacía una mención a las partes y objeto del pleito, para comenzar con las preguntas del interrogatorio que aparecen numeradas. Una vez finalizada la relación de preguntas, se solicita que se admita el interrogatorio y que se examinen los testigos, con citación de la contraria,

"y que por la Doña Josefa Martínez del Royo, absuelva por posiciones, las seis primeras preguntas, compareciéndola por este fin por medio de requisitorio, en el caso de que no concurra, compeliéndola a que manifieste y declare [...], sobre cuyos particulares protesto practicar las demás diligencias que a mí parte convengan en justicia"³¹¹

Y en el auto de admisión se dice expresamente que

"Doña Josefa Martínez del Royo **jure y declare** como se pide por las seis primeras preguntas de dicho interrogatorio, y que para ello siendo necesario se libre competente despacho Requisitorio"³¹²

Del documento se puede entender que el planteamiento de la confesión como prueba liberatoria no se daba en la práctica. En primer lugar, se pide la confesión a continuación y secundariamente a la prueba de testigos, y no a la inversa que es como queda planteado por la

³¹¹ CHAN. VALL. P.A. 3325-1

³¹² Ibidem.

doctrina; no se trata únicamente de que no se está pidiendo la confesión como prueba principal, sino que se invierte el orden que los autores previenen: se solicita la prueba de testigos, y a continuación se pide que la parte jure y declare, es decir, confiese, precisamente a algunas de la preguntas que se harán a su vez a los testigos. Tiene así el valor de una prueba más, sin que se le dé el carácter de exclusión de otros medios probatorios.

Y en segundo lugar, la parte que pide que se haga la declaración y juramento, a su vez *protesta* para poder hacer otras diligencias sobre los mismos particulares que se le van a preguntar en confesión. Es decir, no sólo la prueba no excluye que se utilicen otros medios de probar, sino que sobre los hechos o particulares que se pretende que confiese la parte, se reserva el solicitante la posibilidad de hacer nuevas diligencias a favor suyo, desposeyendo a los resultados de la confesión de su valor probatorio pleno, y dando a entender, que en el caso de no obtener los resultados pretendidos con las posiciones, probaría los hechos por otros medios.

Veamos ahora como se desarrolla la prueba de confesión propiamente dicha. Conviene en este punto aclarar que se trata de un pleito que no comenzó de forma contenciosa, sino por una solicitud hecha a un juez para constituir tutela de una *menora* a favor de la abuela materna; a esta pretensión "sale" la madre de la niña y reconvenciona a la demanda. Es sobre los hechos que la madre alega en su reconvención, sobre los que se pide que confiese la parte contraria, demandante y demandada reconvencionada.

Comienza la declaración por recabarle juramento "por Dios Nuestro Señor y una señal de la Cruz, en forma de derecho, y siendo preguntada a tenor de las preguntas del interrogatorio, dijo"; y aunque al comienzo de las respuestas dice **que es cierto**, continúa explicando el contenido de la misma sin ceñirse a contestar a la certeza o no de la pregunta, sino que incide en la explicación y narración de hechos y circunstancias que afectan a la pregunta.

Para terminar la declaración, se hace constar que lo que dicho lo hace a cargo del juramento. Se sigue viendo, que tampoco en la práctica de esta prueba se respetan las prescripciones de la ley, salvo la de hacer la declaración ante el juez y prestar juramento previo, pero más parece una declaración de un testigo que una confesión de parte.³¹³

Una vez que se ha efectuado la confesión de una de las partes, que debe hacerse en forma de contestación a las posiciones que se hayan presentado, se debe dar traslado a la otra, es decir, a la que hizo las preguntas, aunque no lo pida expresamente.³¹⁴ Así se dispone en las Ordenanzas de Madrid de 1502, completada por una ley de Toledo de 1525 con ocasión de la visita de D. Francisco Mendoza:

"[...] que la respuesta de las posiciones hechas por cada una de las partes, sea traída ante los del nuestro Consejo, o ante Presidente y Oidores donde pendiere la causa, y se dé traslado de las posiciones y respuesta a la parte, sin que haya necesidad de pedirlo en la Audiencia [...]"³¹⁵

Nuevamente una ley procesal está dada sólo para los casos de enjuiciamiento ante el Tribunal de Audiencia, sin hacerlo para los jueces unipersonales, en los que la inmediación de las pruebas se debe presumir que se daba en mayor medida que en los Tribunales; en cualquier caso, se refiere esta ley a la necesidad de que una vez que se haya hecho la confesión, se supone que ante uno de los Oidores de la Audiencia o la Chancillería, la **documentación** de esta prueba debe ser unida a las actuaciones procesales. Y una vez en los autos, se dará traslado a la parte que ha pedido la confesión de las respuestas a las posiciones que presentó, sin que la parte tenga que

³¹³ Ibidem.

³¹⁴ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 130.
HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 84.

³¹⁵ N.R. 4.7.4.

solicitar ese traslado, sino que el propio Tribunal ha de hacerlo de oficio, y como una forma de impulso procesal, aunque no le sea solicitado. Este traslado se hacía con el fin de que la parte interesada pudiera alegar lo que le conviniera según su derecho, pero una vez unido lo documentado en la confesión a las actuaciones, ya sea en el pleito principal o en ramo de prueba,³¹⁶ quedaba concluida esta prueba sobre la que ya no podían recaer más actos o diligencias de prueba. Es decir, la parte no podía hacer preguntas ni prueba sobre lo ya confesado, y a los letrados que así lo hiciesen, se les impone una pena de tres mil maravedíes para los estrados del Consejo o de la Audiencia.³¹⁷

Únicamente en los casos en que la confesión se tenga por hecha por no declarar o no hacerlo como debe hacerlo el confesante-*ficta confesio*-, en estos casos sí que se admite la prueba que pretenda hacer el confesante, "ya que esta confesión surte el efecto de que se trasfiera a él la obligación de probar que incumbía al interrogante".³¹⁸

Pero aunque parece clara la ley mencionada sobre la no posibilidad de prueba, sí que la práctica creó la estrategia para que sobre hechos ya confesados sí pudiera la parte que pide la confesión intervenir y pedir que se aclaren o se prueben nuevamente. La doctrina,³¹⁹ utiliza el argumento de no perjudicar al interrogante con la declaración de su contrario, para lo que se le traslada la obligación de probar los hechos que el confesante niegue o altere; y la práctica introduce la fórmula por medio de una cláusula de estilo : *sin que sea visto estar a su dicho o*

³¹⁶ No se puede decir que se trabajase con las pruebas en específicas **piezas de prueba**, pero lo que sí ocurría era que las pruebas que se hacían mediante Real Provisión Receptoria, una vez que ésta era devuelta a la escribanía en la que se seguía el pleito, quedaba como una pieza separada de los autos principales.

³¹⁷ TAPIA, Ibidem N.R. 4.7.4., "in fine".

³¹⁸ TAPIA, Ibidem.
HEVIA BOLAÑOS, Ibidem.

³¹⁹ TAPIA menciona a PAZ y GUTIÉRREZ

declaración más que en lo favorable, y sin perjuicio de la prueba en caso de negativa en todo o en parte. Con esta fórmula, que hemos visto en parte utilizada en el pleito de Chancillería en el que se hizo prueba de confesión, se pretendía salvar, no sólo los efectos negativos que pudiese tener para quien pide la prueba las respuestas de la parte que le es contraria, por el método de utilizar sólo aquello que le sea favorable, sino la posibilidad de demostrar por los medios de prueba que la ley permite, que lo contestado por el que ha confesado no es cierto o está alterado.

Frente a la poca incidencia de la confesión utilizada como prueba en la práctica, está la realidad de las confesiones pedidas entre las partes en cualquier momento del pleito, una vez fijadas las peticiones; en el pleito sobre ejecución de contrata de suministros ante el Alcalde Mayor de Paredes de Nava ya mencionado en otras ocasiones, en el momento en que en el pleito ya se han hecho las alegaciones de las dos partes, el demandado solicita que el representante del Monasterio, es decir del demandante, **declare y confiese con juramento** a las posiciones que se le presentan. Esta confesión se hace, y a ella alega la parte que ha confesado, que pese a que se ha planteado el pleito como una ejecución de contrato, al demandado se la ha dado traslado como si de una demanda ordinaria se tratase, y pese a ello han jurado a las posiciones ya que la confesión puede pretenderse en cualquier momento antes de la sentencia de remate. Esta confesión en concreto se compone de cuatro posiciones y dos otrosí, a los que contesta el confesante con todo lujo de detalles, iniciando la respuesta con la expresión "no es cierto", pero a continuación argumenta toda serie de razones, que van mucho más allá que la simple aclaración o concreción a la respuesta.³²⁰ Indudablemente la fuerza que pueda tener este medio de prueba queda así desvirtuada al añadirse tan prolija aclaración y explicación sobre los hechos y razones objeto del litigio.

³²⁰ CHAN. VALL. P.A. 3581-3

En cuanto a la última forma de confesión, la llamada **confesión extrajudicial** ya que se hace fuera del ámbito procesal, aunque la doctrina está de acuerdo que la prueba de confesión con pleno valor es sólo aquella que se hace en juicio, a este tipo de confesión se le atribuye un valor relativo en función de la forma y con las garantías que está hecha. Se requiere en principio la presencia de la parte contraria a la que confiesa, y que lo haga ante dos testigos; además, en cuanto a la forma de llevarse a efecto esta declaración, se exige para que tenga valor los mismos condicionantes que a la prueba de confesión que se hace en juicio: que las respuestas se hagan con palabras claras, terminantes y dispositivas, además, debe la parte que luego la intente hacer valer en juicio los motivos que justifiquen esta forma de confesar.³²¹ Con todo ello, una confesión extrajudicial se puede hacer valer en juicio, presentándose y aceptándose por la parte a quien perjudica, aceptación que también puede hacer su procurador; así se hace prueba plena. Obsérvese que no se exige que la declaración se haga ante escribano o persona autorizada, salvándose el valor de documento público por la presencia de testigos. Ahora bien, hace la confesión extrajudicial prueba plena siempre que la parte que ha confesado no está ausente, ya que en este caso sólo hará prueba semiplena, aunque si concurre a ella un testigo u otra presunción o indicio, puede hacerse plena. **Las Partidas**, no admiten que la confesión hecha fuera de juicio pueda ser utilizada posteriormente contra el que ha confesado en el curso de un pleito, y si el confesante en el juicio niega lo ya confesado, debe ser tomada en cuenta esta negativa en contra de lo reconocido fuera del ámbito procesal, pues se debe **sospechar** de la razón por la que confesó;³²² se introduce la **duda** sobre lo confesado para que no sea tomada en cuenta, y prevalece lo que el confesante dice en el juicio por contener esta declaración mayores

³²¹ TAPIA, Ibidem
HEVIA BOLAÑOS, Ibidem

³²² P.P. 7.13.3.

garantías que la que se hace fuera del juicio.

7.5. El juramento en Juicio. Su valor y significado.

Con la consolidación de las estructuras procesales desde la recepción del Derecho Común, corre paralela una decadencia del juramento exculpatario y una búsqueda de medios probatorios de convicción racional.³²³ En este contexto, el juramento se debe considerar como un **medio de prueba extraordinario o excepcional**, sólo utilizable como la única solución posible para la resolución de la controversia judicial en el supuesto de que no haya pruebas contra el demandado, o sean insuficientes como medios de convicción las presentadas.³²⁴ Por lo tanto, vamos a estudiar aquí aquel juramento que se hace un juicio, en ausencia de otras pruebas y que adquiere por sí mismo valor probatorio. Ya se ha visto lo que son los distintos tipos de juramento³²⁵, pero el que aquí nos interesa es distinto del que se puede hacer en la primera fase del pleito que debe ceñirse a las cuestiones fundamentales para que el proceso pueda seguir adelante, y que según **Las Partidas**, son de tal naturaleza que si el demandante no las hiciese o si el demandado no contesta a ellas, no se podría ir adelante con el pleito.³²⁶ Esta forma de jurar entra en lo que se han llamado **diligencias o actuaciones para preparar el pleito** que en nada están relacionadas con el momento de probar. Sólo en la fase probatoria se puede declarar bajo juramento a preguntas que van más allá de las necesarias para seguir adelante con el pleito, y que ya si pueden referirse a cuestiones o hechos del fondo del asunto.³²⁷ Encuadrando por tanto el

³²³ MARÍA PAZ ALONSO, Ob. Cit. Pág. 19.

³²⁴ VALLEJO, El proceso en el Fuero Real, pág. 537.

³²⁵ Ver supra 3.2.8

³²⁶ P.P. 1.10.3.

³²⁷ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 109.

juramento en juicio dentro de la prueba, sólo puede darse cuando se ha fijado la cuestión litigiosa para sobre su alcance y contenido poder preguntar a la parte que se opone.

Es por lo tanto el juramento, desde el punto de vista de la prueba, una institución procesal que como tal se enmarca, siempre que la necesidad de ser utilizado derive de la imposibilidad de probar los hechos por los normales medios de prueba. Se sitúa dentro del período probatorio, o como mucho en el momento de conclusiones, lo que implica que no se está jurando la existencia de unas circunstancias previas a la litis, sino sobre los hechos objeto del pleito que ya han sido fijados en la fase primera o de alegaciones.

La elaboración de las posiciones doctrinales sobre el juramento, aunque arranca de **Las Partidas**, no deja de tener un elevado contenido de formación teórica. Se comienza por admitir la forma de una declaración jurada³²⁸ y distinguir entre **juramento que decide el resultado del pleito** (*juramento decisorio*) y **juramento que se hace en juicio, pero sin resolver la cuestión planteada.** (*juramento ad litem, o juramento indecisorio*).

Es la primera de las dos fórmulas, **el juramento decisorio** la que en principio parece tener mayor fuerza e importancia, pues sus efectos son más concluyentes y definitivos, ya que hace plena prueba.³²⁹

Una vez definido el juramento decisorio por sus propios efectos,³³⁰ pasa la doctrina a relacionar los distintos tipos de juramento decisorio:

1º.- Juramento decisorio voluntario. Sería aquel que se hace sin intervención del juez, se lo pide una parte a la otra una vez iniciado el juicio, y su valor y eficacia deriva de la fuerza de

³²⁸ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit, Pág. 110.

³²⁹ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 84.

³³⁰ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 131
GÓMEZ NEGRO, Ibidem.

la voluntad de las partes. Una de las partes invita a la otra, fuera del juicio, para que jure que aquello sobre lo que litigan es como dice la parte que solicita el juramento que lo cumplirá, y en consecuencia el demandante desistirá del pleito.³³¹ Se trata de no seguir con la contienda, sin que se haga a presencia del juez. Se le llama voluntario por lo tanto por estar su valor en la voluntad de quien lo pide y quien lo hace³³² y porque se da o se recibe con placer entre las partes.³³³ En consecuencia, el que jure de esta manera, debe ser liberado del pleito, tanto como si el juramento fuese hecho en juicio.³³⁴ Una vez que las partes han pactado esta forma de jurar, no puede negarse el obligado a hacerlo, y por lo tanto estaría obligado a pagar o renunciar al objeto del litigio.³³⁵ El único requisito que se puede exigir en el juramento voluntario, además de los generales para obligarse, es el de que no exista prohibición expresa para hacerlo.

2º.- El juramento necesario.-Esta forma de juramento puede quedar fuera de la autonomía de las partes y entra de lleno en lo que se puede denominar “impulso procesal de oficio”³³⁶ Aunque las partes pueden instar a que el Juez lo pida, siempre se reserva la posibilidad de admitir o no que se haga esta prueba. Sólo puede acordarse en los casos, en los que una vez hecha la prueba propuesta por las partes, ésta no ha sido suficiente para demostrar las pretensiones aducidas.³³⁷ Al que así se le ordena jurar, no puede negarse a hacerlo si no es por causa legítima,

³³¹ P.P. 2.11.3.

³³² TAPIA Y GÓMEZ NEGRO, Ibidem.

³³³ P.P. 2.11.3.

³³⁴ Ibidem.

³³⁵ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 131.

³³⁶ El llamado impulso procesal es una figura implícita en la actividad procesal y sin la cual los pleitos no prosperarían; en épocas de predominio del sentido de la **justicia rogada**, anteriores al período constitucional, este impulso era casi exclusivo de las partes, aunque en determinados aspectos el juez de oficio podía intervenir con carácter de decisión en la marcha procesal; éste es el que denominamos **impulso procesal de oficio**, como una facultad discrecional del juez para activar los pasos de un pleito sin que la parte se lo pida expresamente.

³³⁷ GÓMEZ NEGRO, Ibidem.

y si se resiste a hacer se le debe dar por convicto.³³⁸ Esta forma de juramento se llama también supletorio porque viene a suplir la falta de prueba o de los resultados de la que se ha hecho en el pleito, y sólo se puede mandar hacer cuando el resultado del mismo es dudoso en cuanto a la toma de decisión del Juez, ya que no se ha justificado plenamente la acción o las excepciones planteadas. Esta forma de jurar, que LAS PARTIDAS llaman *de premia* puede ser pedida desde la publicación de pruebas hasta el momento de dictarse la sentencia, incluso después de la conclusión, y no puede ser hecha por el Procurador si no tiene poder especial.³³⁹

Para que pueda llegarse a plantear esta forma de probar, son necesarios varios requisitos: 1º, que la parte no esté sujeta a ninguna prohibición de jurar, ni consecuentemente de pedir el juramento, que el asunto esté dudoso y que la prueba no sea suficiente, ya que si lo solicitado esta probado suficientemente, no procede que se haga prueba sobre ello .2º, Hace falta que la causa esté semiprobada por un único testigo válido o por otro medio que sea verosímil, pues si nada está probado, debe ser absuelto el demandado. Lo que se requiere es que hecha la prueba, ésta sea insuficiente, no nula ni inútil, es decir, que se haya hecho prueba semiplena.3º, la parte a la que se pide que jure no puede estar sujeta a limitaciones para confesar o declarar como testigo; y que esté llamada la parte contraria.4º, la causa ha de ser civil y de poca entidad, aunque la dificultad o gravedad de la causa está a la decisión del Juez, que deberá hacerlo teniendo en cuenta entre otras cosas, la calidad de las personas.5º, es requisito para que se pueda dar este juramento, que aún existiendo prueba semiplena, ésta no esté desvirtuada por alguna prueba hecha por la contraria.

3º.- El Juramento judicial. Participa esta forma de juramento del contenido en las dos

³³⁸ TAPIA, Ibidem

³³⁹ Ibidem.

formas anteriores de juramento: originándose en la voluntad de las partes, ha de ser aprobado por el juez,³⁴⁰ dependiendo por lo tanto de la libre voluntad de aquel a quien se pide el hacerlo. La intervención del juez en su autorización hace que aquel al que se le pide el juramento no pueda excusarse de hacerlo, teniéndosele por confeso y perdiendo su derecho si no tiene causa que justifique su resistencia.³⁴¹

En cuanto a la otra forma de juramento, el llamado **juramento en juicio o ad litem**, consiste en una forma de jurar que no sirve para resolver la contienda ni decide por sí mismo el juicio, sino que, existiendo una deficiencia en cuanto a la prueba, el juez, de oficio, pide a la parte que jure el daño que su contrario le ha causado, o la valoración de la cosa sobre la que se litiga.³⁴²

Este juramento, también llamado *asesorio*, es el verdadero juramento de *decir verdad*, cuando la estimación del valor de la cosa o de los daños es imposible establecerlo desde la prueba. Se puede utilizar en los casos, en los que una vez que el demandante ha probado la justicia de su derecho, no hay acuerdo en cuanto al valor, tanto si el objeto del juicio es una cosa como si se refiere a valorar los daños causados por el demandado. Estos daños deben ser dolosos y no culposos. Para cuando se ha de referir a los daños, el juramento deberá hacerlo el actor y no el demandado, "el señor mismo del pleito".³⁴³ Nos encontramos con una forma especial de juramento en juicio, ya que sólo se puede utilizar en los casos en los que se dan las circunstancias que la ley previene: que el objeto del pleito sea un bien o los daños en el sufridos; que el fondo del pleito, o la razón del que pide esté demostrada; aunque se haya hecho prueba,

³⁴⁰ GÓMEZ NEGRO, Ibidem.

³⁴¹ TAPIA, Ibidem

³⁴² GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 110.

³⁴³ P.P. 5.11.3.
TAPIA, Ob. Cit. Pág. 133.

ésta es insuficiente para probar este aspecto del pleito. En cuanto a la causa de los daños, éstos han de ser hechos por el demandado, interviniendo malicia o dolo en ellos, no simple negligencia culposa. Además, se exigen los requisitos generales de la confesión en juicio, es decir, que se haya abierto el período probatorio y que el que jura tenga capacidad para hacerlo. Por último, decir que la voluntad de las partes es ajena completamente a la decisión del juez para acordar esta forma de probar un aspecto concreto del asunto a fallar; en estos casos, no puede ser pedido por la parte interesada que la parte jure, sino que tiene que ser el propio juzgador el que, una vez hechas las pruebas, y antes de dictar sentencia, acuerde esta prueba para mejor decidir en el fallo por existir desacuerdo entre las partes.

Cuando el dueño jura, no sobre el valor de cambio que tenía la cosa, sino por el aprecio que para él suponía y el daño que el demandado le ha causado, es necesario que el reo haya sido condenado por daños dolosos, y se que niegue a restituir la cosa a su estado anterior a los hechos; que el objeto del pleito no sean bienes fungibles, y sobre todo que el dueño, en su valoración actúe de buena fe, exigiéndose para que quede demostrado este buen criterio, que el juez nuevamente le pida que jure sobre la cantidad que ha estimado.³⁴⁴

Por último, esta forma de juramento también puede ser utilizada contra el tutor, una vez finalizada la tutela por la mayoría de edad del menor tutelado, en los casos en los que se resista a dar el inventario de los bienes del menor, aunque en estos supuestos no es necesario la premisa de la existencia del dolo o la intención maliciosa de desbaratar los bienes del menor; simplemente, es una forma de obtener una valoración de un patrimonio que no se hace desde la voluntad del que está obligado a ello, y se hace necesaria la intervención de otros mecanismos probatorios.

³⁴⁴ Ibidem.

La aplicación en la práctica de estas normas, supuestos y requisitos, no parece muy frecuente; sí era relativamente frecuente peticiones de jurar sobre lo pedido, sin que se tengan en cuenta las fases procesales; a un escrito de alegaciones o de manifestaciones de una de las partes en el que se plasmaban dudas, se pedía que la parte contraria jurase sobre determinados extremos dudosos, y los jueces así lo acordaban. En 1763, en Segovia, se sigue un complicado asunto contra los Alcaldes Ordinarios y los demás oficiales de justicia del lugar de Bernardos que lo fueron en el año anterior de 1762 por no haber dado bien las cuentas y consecuentemente deber al Concejo una cantidad de fanegas de trigo, que por cierto, el Síndico del Común refiere ser muy necesario para los habitantes del pueblo. Después de diversos avatares, de comenzar la ejecución de la deuda, de decidir el juez en Comisión la prisión de uno de los demandados por resistirse a dar las cuentas, de idas y venidas entre Segovia, su Alcalde Mayor, Bernardos y el Juez Comisionado, uno de los demandados pide que un consorte jure y declare clara y abiertamente con palabras de juro y confieso a tenor de los capítulos que se presentan, *sin embargo de los que se litiga y para los efectos que haya lugar*. El juez, que en ese momento es el Regidor perpetuo en ausencia del Alcalde Mayor, acuerda que se haga la declaración que se ha pedido y que una vez hecha se le de traslado a la parte que la ha solicitado. Esta confesión se hace ante el escribano comisionado a tales efectos, y una vez que ha comparecido el confesante le recibe juramento *por Dios nuestro Señor y una señal de la Cruz según forma de derecho, bajo del que prometió decir verdad de lo que supiese y fuese preguntado*; a continuación el escribano le formula las tres preguntas que figuran en la petición, y con las respuestas se da por finalizada. Las preguntas se refieren a las cuentas del año anterior que son el verdadero objeto del pleito, y en este punto el Juez Comisionado ya no sabe contra quien se tiene que dirigir para hacer la ejecución. Aunque no es ejemplo que se ajuste a los distintos tipos de juramento, si es

expresivo de como en la práctica se recurría a las declaraciones bajo juramento para determinar o fijar algunos aspectos del pleito, en este caso se trata de saber contra quien se tiene que dirigir para poder ejecutar las cuentas del Concejo. En cualquier caso, es una muestra de como las partes se piden declarar sobre las cuestiones del pleito, y que al hacerse esta declaración bajo la fórmula de jurar, no deja de ser un medio de presión procesal.

CAPÍTULO VIII.-- LA PRUEBA DE TESTIGOS Y SU TRASCENDENCIA EN LA PRÁCTICA.

Mientras que la prueba de confesión era considerada por la doctrina civilista y la doctrina práctica como *regina probatorum* y, según se ha visto en el capítulo anterior, en la aplicación de la práctica forense, este medio de prueba estaba realmente relegado por la masiva utilización de la prueba de testigos como el medio más frecuente de llegar a la convicción del juez sobre aquellos hechos que se intentan demostrar. Por otro lado, la prueba de testigos fue siempre origen de discusiones y desconfianzas por parte de los hombres del derecho; se discutía su fiabilidad a causa de las distintas condiciones de inteligencia, percepción, retentiva y crítica de las personas, lo que hace que el testimonio dado por las personas tenga marcado carácter de falibilidad; y se desconfiaba por el peligro de falsedad que encerraba debido a lo difícil que puede resultar mantener la objetividad de la conducta humana. De ese sentimiento de desconfianza hacia la prueba de testigos, se puede decir que nace toda la limitación formalista en cuanto a su admisibilidad y exclusión de personas para ser testigos, que por otra parte encuentra su

plasmación normativa en la regulación que de ella hace el Derecho Canónico.

El por qué de la gran importancia que tiene la prueba de testigos en el sistema procesal consolidado desde la recepción del Derecho Común hasta la Codificación, hay que buscarlo en las propias estructuras de una sociedad de Antiguo Régimen en las que la existencia y la eficacia de los medios objetivos de prueba era mucho más limitada que los medios subjetivos. En una sociedad con una capacidad de información limitada, en la que la palabra seguía teniendo valor casi por encima de lo escrito, sobre todo en las sociedades rurales, era normal que "los dichos" de las personas fuesen en muchas ocasiones el único medio de que se disponía para poder demostrar aquello que se argumentaba al juez.

Siguiendo una guía evolutiva lineal desde la Baja Edad Media en lo que supone la trascendencia y el alcance de la escritura en la actividad social en general, muy especialmente en lo que se refiere a su relación con el mundo del Derecho, se puede decir que el predominio del documento público- (como tal se entienden las decisiones, órdenes, peticiones, que se mueven en el ámbito de lo político y no de lo privado)- empieza a ceder a favor del escrito privado - (que no es el que permanece limitado al círculo de la privacidad personal, sino el que va dirigido a la actividad humana que queda fuera de la esfera pública)- con el auge de la burguesía, en general y especialmente la burguesía comercial. Este crecimiento de la escritura en detrimento de lo dicho no es tan claro en la sociedad rural, en la que persisten las formas de "información" a través de la palabra sobre lo escrito, pero desde luego, se puede decir que en Castilla, desde el siglo XVI hay una clara imposición de lo escrito sobre lo dicho, al haber cedido la concepción medieval que consideraba inferior el testimonio escrito al verdadero testimonio que era el oral y vivo.³⁴⁵ Tendencia por otra parte generalizada en la cultura europea, en la que la escritura es el signo del

³⁴⁵ MARÍA PAZ ALONSO, Ob. Cit. Pág.229.

tiempo y donde lo jurídico asume formas escritas.³⁴⁶ Ahora bien, este crecimiento de lo escrito sobre lo dicho, ya muy definido en el siglo XVI y consolidado en el XVII y XVIII, no hace que decrezca el valor de los testigos procesales a favor de los medios de prueba objetivos. Los documentos en los que se plasman por escrito las diversas actividades humanas, no tienen generalizado su uso nada más que en lo burocrático y en lo mercantil y comercial, pero muchas de las acciones sociales de las personas no tenían más justificación que otras personas declarasen ante la autoridad que debía valorarlas, como habían ocurrido y que circunstancias las habían rodeado. Se puede entender esta situación si se tiene en cuenta la inmensa trascendencia social de lo judicial, como llegan a participar de ella todas las capas sociales, y la gran magnitud que llega alcanzar la escritura procesal. En menor medida la actividad comercial y contable fue el otro vehículo a través del cual la escritura y la documentación de la actividad humana y social fueron adquiriendo mayor importancia para incorporarse paulatinamente al proceso. Pero pese a este crecimiento de lo documentado y lo escrito, lo dicho continuó siendo durante todo este período la principal herramienta probatoria de la sociedad, incluso, lo dicho se utilizaba para validar o invalidar lo escrito.

Estamos por lo tanto ante la prueba subjetiva de mayor éxito histórico, que soportó la competencia de los medios objetivos de prueba mejor que la confesión y el juramento.³⁴⁷ El Derecho Común considera la prueba testifical como la prueba por excelencia, partiendo de la realidad histórica de la escasa difusión de los documentos y de su difícil conservación.³⁴⁸ Es posible que de esa sobrevaloración que se da a este medio de prueba nazca su permanente

³⁴⁶ MARAVALL, JOSÉ ANTONIO, *Estado moderno y mentalidad social* 2, pág.181.

³⁴⁷ LALINDE ABADÍA, Ob. Cit. Pág. 788.

³⁴⁸ VALLEJO, JESÚS. *La regulación del proceso en el Fuero Real*, pág.528.

importancia y trascendencia pese a los avances de la escritura y la documentación, aunque como se ha dicho ya, esta sobrevaloración del derecho y la doctrina no puede dejar de conjugarse con las realidades sociales y culturales respecto del medio escrito y su difusión. Su importancia deriva directamente de su necesidad y utilidad, ya que la mayor parte de las causas o negocios no se pueden probar de otra manera, de ahí su uso frecuente en casi todos los asuntos.³⁴⁹ Además, no se puede olvidar que los testigos fueron una herramienta procesal que excedía de los límites de la prueba; se hacían con mucha frecuencia informaciones testificales para dar validez a un documento o para fijar el contenido y los límites de una alegación; estas declaraciones de testigos, aunque efectuadas en y para el proceso, no pueden ser consideradas como medios de prueba, ya que no se solicitaban como tales ni se llevaban a cabo en el momento procesal de probar, pero desde luego refuerzan la idea fundamental de que los testigos eran el medio más utilizado en el proceso privado para fijar las cuestiones procesales, consecuencia de las dificultades inherentes para poder demostrar los hechos por medio de otras pruebas o instrumentos, lo que hacía de las declaraciones de terceros la única fuente de información posible, tanto de los hechos como de la existencia de derechos.³⁵⁰

En resumen, la prueba de testigos, de origen romano, no se instaura definitivamente en el sistema procesal castellano hasta la recepción del Derecho Común, teniendo su primera regulación, muy extensa, en **Las Partidas**, gozando en el **Fuero Real** de atención preferente sobre los otros tres medios de prueba que admite.³⁵¹ Del **Ordenamiento de Alcalá** pasan dos

³⁴⁹ SALA, Ob. Cit. Pág. 199.

³⁵⁰ Piénsese en los **pleitos de hidalguía**, en los se hacía necesario probar determinadas circunstancias, que dada la inexistencia de constancia documental se recurría a las declaraciones de testigos, para acreditar posesión inmemorial, inexistencia de oficios bajos en los ascendientes y la reputación en general. PÉREZ DE AYALA Y AULESTIA, Formularios de la Chancillería de Valladolid, folios 16 y ss.

³⁵¹ VALLEJO, JESÚS, Ob. Cit. Pág. 528.

leyes de esta materia a la **Nueva Recopilación**, las que se refieren a los testigos que deben recibirse y el plazo que deba darse a los testigos de fuera del reino. Es por tanto la legislación real una buena fuente para el estudio de la prueba de testigos, además, por supuesto de la elaboración doctrinal de autores tanto teóricos como prácticos, y desde luego la aplicación en la práctica de todo este sistema legal y doctrinal, que en este caso ofrece una riqueza inusitada.

8.1. Qué es la prueba de testigos. Requisitos para ser testigos y prohibiciones que les afectan.

En esencia, la prueba de testigos son declaraciones hechas por personas ajenas al proceso, es decir, que no son parte ni tienen interés en el resultado del pleito sobre hechos de su conocimiento³⁵²; con esta declaración se aportan noticias sobre hechos o circunstancias que conocen por haberlas visto u oído, sin que esta transmisión de conocimiento al pleito suponga un información "técnica". Al declarar los testigos no lo hacen en disposición de ningún derecho, por lo que no se precisa que tengan una capacidad específica, sino la que determine su relación directa con el asunto del que se trate. El objeto directo de las declaraciones de los testigos ha de ser aquello que se ha alegado por las partes los hechos y circunstancias que tengan relación directa con ellos, y siempre serán acontecimientos ocurridos con anterioridad al planteamiento de la cuestión litigiosa. Se pretendió siempre que las declaraciones de los testigos, además de aportar al proceso datos e informaciones sobre las alegaciones de las partes, contuviesen un razonamiento lógico que llevase al testigo a concluir sobre lo que informa.

Es importante tener en cuenta, que en el momento de fijación del sistema procesal castellano, es cuando se produce una delimitación o separación entre la prueba de testigos en el

³⁵² LALINDE ABADÍA, Ob. Cit. Pág. 788.

proceso civil y en el criminal; mientras que en el proceso privado se exige conocer el nombre de los convocados y de las preguntas a las que han de responder, es decir *la publicatio testium* y *capitulum*, con un marcado carácter de publicidad hacia el resto de las partes, en el proceso penal se acentuó la tendencia a interrogar en secreto a los testigos sin que el acusado tuviese acceso ni a una identificación de los mismos. Se elimina la publicidad de las preguntas, del nombre de los testigos y de las respuestas que estos den; esta práctica no pasó al proceso civil, en el que la parte contraria tuvo siempre la posibilidad de discutir, no sólo lo testificado, sino también la idoneidad del testigo³⁵³

Los autores no definen la prueba de testigos ni por su contenido ni por su objeto, sino que recurren a la definición que dan **Las Partidas** de lo que son *los testigos* ³⁵⁴, aunque dedican extensos capítulos al estudio y explicación de la prueba testifical.³⁵⁵ *"Testigos son hombres o mujeres, que son tales, que no pueden desechar de prueba, que aducen las partes en juicio para probar las cosas negadas o dudosas"*³⁵⁶ La definición no se puede considerar en ningún caso completa, ya que se limita a hablar de hombres o mujeres que en juicio hacen prueba sobre lo que no está probado o es dudoso; no se precisa en que sentido se hace esta prueba, ni cómo, ni que valor se le da finalmente en el contexto del proceso privado. El valor de esta prueba o su resultado a posteriori, hay que buscarlo en los casos concretos según se plantee y se desarrolle

³⁵³ PÉREZ PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACO, Curso de historia del derecho español, pág. 1275.

³⁵⁴ SALA, Ob. Cit. Pág. 199;
 MUÑOZ, Ob. Cit. fol.20
 GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 100
 JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pág. 298.

³⁵⁵ "Apenas hay autor que no se haga cargo de tan importante asunto, pues por testigos se libran los pleitos [...] en asunto de testigos hay mucho que saber para apurar la malicia con que suelen deponer; y es menester atender a las circunstancias de los testigos, verosimilitudes de sus dichos, contrariedades de sus deposiciones, animosidades de sus relaciones, sus pasiones pretextadas, ocultando *amor, odio e interés*"
 BERNI Y CATALÁ, Apuntamiento de Partidas, pág. 103

³⁵⁶ P.P. 1.16.3.

finalmente, como se verá. Pero, a priori, era considerada de gran utilidad, ya que a través de la declaración de los testigos se podía conocer la verdad, que en otro caso estaría oculta y no podría servirle de ella la parte para llegar a la convicción del juez.³⁵⁷

Los requisitos para poder ser testigo y las prohibiciones que les afectan: quién puede testimoniar y quién no.

Al ser la prueba de testigos la utilizada con mayor frecuencia en los pleitos, es entendible que estuviese la declaración de los testigos sujeta a determinados requisitos o exigencias, que actuarían como en el caso de la confesión, a modo de garantía respecto de sus efectos y resultados. Como en otros muchos casos de derecho, la teoría del Derecho Común elaboró esta tabla de condiciones de forma positiva y de forma negativa: exigiendo a los testigos unas circunstancias básicas o **requisitos** y al mismo tiempo no estar sujetos a una serie de **prohibiciones**.³⁵⁸ Dado lo extenso y minuciosos que suelen ser los autores en el desarrollo de estas circunstancias, se ha elaborado un catálogo de circunstancias para una mejor comprensión y análisis.

A) Circunstancias que afectan a la capacidad de las personas para ser testigo en juicio.Se

exige, con carácter general, que las personas que sean presentadas como testigos tengan el conocimiento suficiente para declarar en juicio; al igual que en la confesión, no es ésta una

³⁵⁷ SALA, Ob. Cit. Pág.199

El gran valor de los testigos derivaba de su utilidad, ya que en numerosísimos casos era el único medio factible para poder probar unos hechos, pero la desconfianza existía, de ahí que se regulase este medio de prueba con tanta precisión; con su uso forense y su necesidad parece que queda paliada la desconfianza que los testigos podían haber despertado en determinados momentos, tal como parece deducirse del consejo que se da en LA MARGARITA DE LOS PLEITOS, y que recoge un mensaje de LAS DECRETALES: "cuando traigas los testigos, pónlos de acuerdo que digan aquello que tu quieres probar; pero todavía guarda el juramento de calumnia que juraste que no aducirías falsa prueba, y guarda que los testigos no digan todos una palabra igual [...] pues semejaría que vienen corrompidos" Título XIII, no. 1

³⁵⁸ "que sean contestes y mayores de toda excepción" ELIZONDO, Ob. Cit. Pág. 127.

capacidad especial procesal, sino simplemente la capacidad general para obrar y ser responsable de los actos propios. Para ello se exige en primer lugar un límite de edad; esta limitación actúa como mínima o como máxima. En cuanto a los años que debe tener un testigo para que su testimonio sea válido, no hay acuerdo unánime en los autores. **Las Partidas** exigen **catorce** años para los testigos que han de declarar en causas civiles y **veinte** para los que tienen que declarar en causas criminales.³⁵⁹ Este criterio de exigir mayor número de años para las causas penales es seguido por la totalidad de los autores,³⁶⁰ aunque no hay acuerdo en cuanto a los años que se deben exigir a estos testigos, pues la mayoría aboga por los veinte años que establecen **Las Partidas**, pero se pueden exigir hasta **treinta** años,³⁶¹ o por el contrario, en un momento más avanzado, reducir esta edad a **dieciséis** años para considerar que "está atemperado" lo que dice.³⁶² Se valoran esta circunstancia con ciertos matices de duda en cuanto al valor que se puede dar a lo declarado por una persona que por su edad no es considerada con suficiente juicio para dar un testimonio en juicio, o lo que dicen **Las Partidas**, *un hombre que sentido haya*; por la gravedad de los resultados en las causas penales, en las que puede producirse una condena, aunque se admite que puedan declarar menores de veinte años cuando declaren sobre las cosas que han visto y se acuerden, deba su testimonio ser valorado con sumo cuidado por el juez, tal como aconseja **Tapia**:

"Por lo mismo, y suponiendo en los jueces los conocimientos necesarios para juzgar de la capacidad o incapacidad de los testigos, cosa muy difícil, se requiere en ellos gran prudencia para

³⁵⁹ P.P. 9.16.3.

³⁶⁰ ELIZONDO, TAPIA, HEVIA BOLAÑOS, JORDÁN DE ASSO, ORTIZ DE ZÚÑIGA, GÓMEZ NEGRO.

³⁶¹ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 86.

³⁶² BERNI Y CATALÁ, Ob. Cit. Pág. 107.

graduar la de los muchachos, a lo menos cuando se trata de la vida de un hombre.[...]No quiero decir con esto que no se admitan sus deposiciones, sino que se debe proceder con mucha circunspección y muy maduro examen"³⁶³

Admitiéndose la declaración de un menor de edad, ésta no hace prueba plena, sino que tiene el valor de una **presunción**, por lo que debe ser valorada con mucha atención, y en cualquier caso, para que haga plena prueba debería ser completada con otro medio probatorio.

En cualquier caso, existe unanimidad para admitir que los catorce años son suficientes para considerar como válida una declaración de un testigo en un pleito civil, y lo mismo que se ha explicado para los procesos criminales, si el testigo está en la edad puer, sin tener los años exigidos, y es presentado y admitida su declaración, no hará prueba plena y el juez debe valorar su testimonio con el cuidado necesario, partiendo de la idea del escaso conocimiento que pueda tener este testigo sobre los hechos y circunstancias que recuerde.³⁶⁴

En cuanto al límite máximo de edad para ser testigo, no actúa de forma absoluta, sino que el número excesivo de años puede ser causa de negarse a declarar sin que el juez pueda obligar a la persona a comparecer ;no puede ser obligado a declarar como testigo la persona mayor de setenta años en los juicios civiles,³⁶⁵ con lo que pueden auto excluirse aquellas personas que aleguen tener esta edad sin que el juez pueda obligarles a ello.

La circunstancia de la edad era tomada muy en cuenta en la práctica, y en la documentación de las pruebas de testigos se hacía constar siempre el número de años que tenía

³⁶³ TAPIA, Ob. cit. pág. 135. Nota pie de página citando a *Febrero adicionado*.

³⁶⁴ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 86.

³⁶⁵ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 138.
ORTIZ DE ZÚÑIGA, Ob. Cit. Pág. 44

el que declaraba; en parte desde luego como garantía de que había cumplido los años que la ley le exigía para declarar como testigo, y jugando también un papel de ayuda para que el juez pudiese valorar lo que se le estaba diciendo; la edad era también determinante en cuanto a los conocimientos se exigían al testigo según los casos y los hechos sobre los que éste declarase. Cuando se está tratando de probar acontecimientos ocurridos muchos años atrás o derechos no documentados que se venían ejerciendo continuadamente, el número de años que decía tener el testigo era fundamental para hacer o no creíble su declaración.

En 1767 se sigue ante el Alcalde mayor de Zamora un pleito de obra nueva³⁶⁶; en él la parte demandante, para fundar su derecho como propietaria de la casa, aporta un documento privado consistente en una carta fechada en Palencia en 1748 por el que se comunica a su marido, ya muerto, que el Obispo de Calahorra ha hecho donación de la casa, objeto del litigio, a su marido. Al mismo tiempo pide la declaración de testigos para validar lo que en la carta se comunica; en este caso, al tener que declarar sobre unos hechos ocurridos casi veinte años antes, es entendible que la edad los testigos llegue a tener importancia. Veamos como se desarrolla esta información testifical en el aspecto que en este momento nos interesa:

A los testigos se les pregunta sobre el conocimiento de la carta de donación en cuestión y sobre el disfrute durante los últimos años de la posesión de la finca y de la casa; pues bien, el primer testigo dice que no puede reconocer la carta pues no sabe leer, pero sí sabe, por habérselo dicho el marido de la demandante que D. Juan de Luelmo Prieto le había cedido la casa y la tierra con advertencia a sus parientes de que no le inquietasen en el derecho de propiedad; así mismo declara que el corral en el que se está haciendo la obra siempre ha sido de uso común de los propietarios colindantes como paso de carros. Termina la declaración diciendo que es de edad

³⁶⁶ CHAN. VALL. P.A. 2791-2

de sesenta y dos años. El segundo testigo, una vez que se le ha leído la carta, dice que por estar corto de vista no puede reconocer si la letra es la del Ilustrísimo Señor Obispo de Calahorra " pero por su nota y **lo que el testigo ha sabido en el lugar por notorio años** hace no duda que sea cierta la donación hecha de la casa y tierra". Este testigo afirma ser de la edad de cincuenta y dos años *con corta diferencia*; son frecuentísimas las imprecisiones en cuanto al número de años de los testigos, en los que dicen los años que creen tener por aproximación, o *más o menos*, no discutiéndose nunca por las partes esta circunstancia común por la falta de registros, en medios en los que era la transmisión oral la que permitía conocer esta información.

Entre 1748 y 1751 el Capellán de Cojeres pretende ante el Alcalde Ordinario de Iscar ejecutar un censo constituido a favor de la capellanía en 1675³⁶⁷, pidiendo su reconocimiento y el pago de sus réditos; aunque es un pleito ejecutivo, se discute el deslinde de las tierras gravadas, por lo que el ejecutante, pide los 10 días para "encargar" y solicita como prueba la de testigos y la de los peritos que actuaron en el deslinde. Los testigos son preguntados, no a preguntas concretas, sino sobre la petición inicial; dice el primer testigo que los anteriores tenedores del censo hicieron arreglo con el deslinde, "lo que le consta por haberles tratado y conocido muchos años", añadiendo que es de edad de cincuenta y tres años *poco más o menos*. Otro de los testigos insiste en que el deslinde fue hecho con todo arreglo y justificación, pues aunque uno de los censatarios ya ha fallecido, le conocía y era persona ajustada en sus actos; y dice tener cuarenta y seis años. Al ser el censo un derecho de transmisión hereditaria, y habiendo muerto una de las personas que intervinieron en el deslinde de las tierras objeto de las hipotecas, la prueba de aquello que esta persona hiciese debería ser verificada por personas con suficientes años para haber conocido a la persona y a sus actos.

³⁶⁷ CHAN. VALL. P.A. 3783-4

Entre 1720 y 1723 se pretende ante el Corregidor de Olmedo el saneamiento y evicción de unas tierras³⁶⁸; nos encontramos con que la escritura de venta de las tierras es de 1685, es decir, treinta y cinco años antes del litigio. Para poder demostrar la legitimación de los demandantes, se les pregunta a los testigos si los padres de éstos tuvieron más hijos y herederos, así como sobre la cabida de las tierras que es la cuestión debatida en el fondo del pleito; los testigos declaran conocer lo que se les pregunta por ser de pública voz y fama, no pudiendo haber conocido directamente con juicio suficiente los hechos y las trasmisión que dan origen a la demanda, por ello, sólo se hace constar la edad de uno de los testigos, que dice tener cincuenta y seis años.

Desde luego es más frecuente encontrarse testigos de edad sobre los más jóvenes, pues se les supone más conocedores de los hechos: los testigos que intervienen en la prueba que se hace a petición del demandante en un pleito de arrendamiento,³⁶⁹ tienen entre 53 y 69 años, excepto uno de ellos que dice tener 30 años, y lo que se intenta demostrar con esta prueba es la existencia del arrendamiento verbal, ya con la persona del padre del demandante y el tracto sucesivo de la relación arrendaticia; de ahí que declaren saber que el padre "trajo muchos años en renta diversas tierras pertenecientes a los mayorazgos de D. Bernardo Alaiza y que han pagado puntualmente la renta"; el más joven aclara que lo sabe por habérselo dicho su padre.

Es por lo tanto la edad de los testigos un factor de garantía en cuanto a la credibilidad y autenticidad de la prueba, pero también, como veremos más adelante la edad de los testigos juega un importante papel en los criterios a los que el juez se ve sujeto para valorar esta prueba.

La otra circunstancia que afecta a la capacidad de las personas que deben ser testigos, y

³⁶⁸ CHAN. VALLA. P.A. 3782-4

³⁶⁹ Villacastin, ante su Alcalde Ordinario, 1751. CHAN.VALL. P.A. 3782-3

en consecuencia a su conocimiento es la razón de su entendimiento.³⁷⁰ se trata de que los testigos den razón de lo que dicen, conteniendo la respuesta un razonamiento lógico, y debiendo contestar positivamente y con conocimiento cierto,³⁷¹ sin que se basen en lo que les parece o creen que percibieron con los sentidos, ya que una respuesta dada en este sentido es una conjetura y sólo puede ser valorada como una presunción. Por el mismo motivo, la respuesta no puede consistir en tener el conocimiento de oídas de otras personas, ya que no se basa en un conocimiento auténtico, sino en el dicho de un tercero, salvo que se esté refiriendo el testigo a hechos tan anteriores oídos a los mayores y éstos a los suyos³⁷²

Aunque el planteamiento general es que toda persona que tenga la edad exigida y el conocimiento de los hechos puede ser testigo, y de forma excepcional se plantean las excepciones o prohibiciones para ser testigo, este conocimiento que se exige previo en el testigo de aquello sobre lo que se la va a preguntar, no puede dissociarse de la necesidad de conocimiento o capacidad general que ha de tener toda persona para poder hacer afirmaciones válidas; cabe aclarar que no se está hablando de capacidad de obrar en sentido jurídico, sino de capacidad de conocer de todo ser humano, no llegando más allá para los testigos que a la necesaria para poder informar sobre algo que saben por su propio conocimiento, ya que no quedan vinculados ni obligados por su declaración.

Pese a ser esta circunstancia, la del conocimiento de la persona, básica y fundamental para que lo dicho por un testigo sea válido en juicio y haga prueba, no aparece documentado en las actas procesales que se haga un previo examen de la capacidad del testigo para declarar ni por

³⁷⁰ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 101

³⁷¹ ORTIZ DE ZÚÑIGA, Ob. Cit. Pág. 44.

³⁷² TAPIA, Ob. Cit. Pág. 136.

el juez ni por el escribano; sencillamente se dice el nombre de quien comparece, se le toma juramento, y al ser preguntado, se hace en la primera pregunta sobre el conocimiento que tiene del pleito:" a la primera pregunta dijo que tenía noticia de este pleito y de qué se trata"³⁷³. No supone una información sobre el conocimiento que tiene el testigo de los hechos ni sobre su capacidad de conocer, sino simplemente se le pregunta por la parte que le propone, para que el juez tenga esta información, si conoce el testigo de qué trata el pleito o sobre lo que se está litigando. Desde luego, esta ausencia de constatación de esta circunstancia se puede entender que queda subsanada por la libre posibilidad que tiene la parte contraria de la que presenta al testigo, de **tacharle** por ausencia de conocimiento suficiente para declarar.

Dentro del juego de exigencias y prohibiciones que se aplican a los testigos, que como ya se ha dicho no es nada más que el aspecto positivo y el aspecto negativo de una serie de circunstancias, en las que se refieren a la edad y conocimiento de los testigos, está claro que **las prohibiciones para ser testigo** dentro de estas dos circunstancias será las de no tener la edad exigida, con las matizaciones que ya se han explicado para los menores de catorce años, y aquellas personas faltas de conocimiento natural, o lo que es lo mismo, las que hayan perdido seso, mientras les dura la locura³⁷⁴

B) Circunstancias que afectan a la vecindad y localización del testigo.

Aunque la exigencia de que el testigo sea vecino del lugar en el que se sigue el pleito parece un residuo de épocas de apogeo de ordenamientos locales,³⁷⁵ o de dispersión normativa, sí es cierto que era preferido un testigo con vecindad en el lugar antes que un transeúnte,³⁷⁶

³⁷³ CHAN. VALL. P.A. 2987-2

³⁷⁴ P.P. 8.16.3.

³⁷⁵ LALINDE ABADÍA, Ob. Cit. Pág. 788.

³⁷⁶ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 136.

posiblemente como una garantía más de estabilidad de la persona y de proximidad con los hechos que se debatían en el pleito. Consecuencia de esta exigencia de vecindad se puede entender la necesidad de citación previa del testigo, para evitar toda sospecha de falsedad.³⁷⁷ Se puede decir que la citación actúa aquí como una garantía de que no van a ser presentados testigos falsos, ya que la parte que los propone ha de dar su nombre y lugar de vecindad, y en consecuencia el juez debe ordenar que sean citados expresamente con la finalidad de comparecer a declarar. Además, en el restringido mundo de las noticias en la sociedad en la que estamos centrando este estudio, era de mayor garantía de veracidad y conocimiento lo dicho por personas del lugar, pues se les supone mayor información por el tiempo en el que se convive y la proximidad entre los convecinos, que aquellos que proceden de otro lugar y no están al corriente de los hechos y acontecimientos.

La citación a los testigos la hacía el escribano de la causa o el del lugar en el que residan los testigos por comisión del propio juez de la causa; en 1772 se comienza en Segovia, ante el intendente y corregidor, un juicio universal de concurso de acreedores³⁷⁸; una de las partes llamadas, para poder probar la existencia de un testamento solicita probar unos extremos y propone prueba de testigos; al residir en lugar distinto del que se sigue el juicio, se libra un despacho para hacer las declaraciones de los testigos; el escribano de Santa María de Nieva, se desplaza hasta Anaya y allí notifica y hace saber el despacho antecedente y cita en toda forma para el efecto que expresa a Ángel Manso, vecino de dicho lugar en su persona quien se dio por citado; a los cuatro días "hace otra notificación como la antecedente" a otro de los testigos, e "in continenti" hace la última de las citaciones. Curiosamente, después de las diligencias de citación

³⁷⁷ Ibidem.

³⁷⁸ A.H.P.S. J-1188/2

en la que ha invertido once días, pone el escribano una diligencia en la que dice que, pese haberle sido entregado el despacho por la parte el día tres de junio *por haberme hallado sumamente ocupado en el servicio de S.M. en mi villa y en otros pueblos con despachos del Sr. Alcalde Mayor, no he podido antes practicar estas diligencias*. Con esta nota en los autos, el escribano quería eximirse de la responsabilidad que se le pudiese atribuir por el retraso en citar a los testigos, y por distanciar en varios días las citaciones. En cualquier caso no es frecuente que se justifiquen en autos los retrasos en hacer las diligencias.

C). La imparcialidad del testigo. Si la cualidad del testigo es la de ser **un tercero ajeno al pleito**, queda excluido por origen y principio la posibilidad de que alguien actúe como testigo en causa propia o de aquella que espera algún provecho³⁷⁹ Es por tanto determinante para conocer si es realmente imparcial, el saber si tiene algún interés directo o indirecto en el pleito. Este interés puede ser indirecto, pues no se valora sólo como personal, sino los de la familia tanto de origen como de convivencia. Se supone que está incurso en esta prohibición para ser testigo **el amigo íntimo y el enemigo capital** de quien le presenta, aunque la enemistad, si es común a ambas partes puede no jugar como prohibición.³⁸⁰ Como la imparcialidad de un testigo se mide por la ausencia o no de relaciones de afecto y parentesco y de intereses comunes o opuestos en la resolución de la contienda, debe ser excluido el testigo al que le une relación de parentesco hasta el cuarto grado;³⁸¹ los ascendientes o descendientes, salvo que se intenten probar la edad o el parentesco,³⁸² ni el marido por su mujer o a la inversa, ni los hermanos mientras están en la

³⁷⁹ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 101

³⁸⁰ "Aunque parece peligroso admitir como testigo al enemigo capital de ambos litigantes, porque podría serlo de uno más que del otro, y faltar a la verdad, vengándose así del uno más que se vengaría del otro con decirlo" TAPIA, Ob. Cit. Pág. 137.

³⁸¹ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 86.

³⁸² TAPIA, Ob. Cit. Pág. 137.

patria potestad.³⁸³ Por el mismo motivo no puede ser testigo en la causa el familiar o criado del presentante, sino cuando se trate de resolver asuntos domésticos y que no se puedan probar de otro modo.³⁸⁴ De forma general cualquier interesado en la causa está excluido como testigo³⁸⁵, ya sea por interés directo o indirecto derivado de la misma contienda, y en este aspecto se excluye como testigos tanto al juez de la causa, como el abogado o procurador que hayan intervenido, extendiéndose a los apoderados, agentes de negocios, tutores y curadores; por el contrario, las personas con este tipo de relación sí pueden ser presentadas por la parte contraria a la de sus vinculados, que para evitar ser perjudicado por lo que dicen, al momento de presentarlo debe hacer la **protesta** de *no estar a su dicho más que en lo favorable*, ya que pueden declarar a favor de la otra parte, y por el hecho de valerse de ellos de forma ilimitada hacer prueba en contra.³⁸⁶

D) La cuestión de la moralidad y la religión de los testigos. Al hablar de la prueba en general se refirió la gran trascendencia que para el proceso privado tuvo el **sistema de pruebas legales y tasadas** propio del Derecho Común. Dentro de este sistema objetivo de valoración de la prueba, a los testigos se les atribuía distinto valor según fuese la condición personal y social de la persona que declarase. Los mencionados en la práctica como *testigos abonados* son personas que llevan una buena vida, tienen buena fama, y se tiene de ellos buena opinión, por lo que sus dichos hacen más fe y tiene más fuerza que la de aquellas personas que no reúnen estas cualidades: *todo hombre de buena fama [...] puede ser testigo por otro en juicio y fuera de*

³⁸³ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 101.

³⁸⁴ Ibidem.

³⁸⁵ Se excluye de la prohibición a los miembros de concejo, comunidad, cabildo o universidad, siempre que no actúen en interés particular, sino como miembros de la comunidad.

³⁸⁶ TAPIA, Ibidem.

juicio.³⁸⁷ Pero no sólo juega la buena fama y la conducta moral de los testigos como un factor de valoración, sino que en ausencia de éstas pueden ser rechazadas determinadas personas, que por sus actos anteriores están descalificadas para atestiguar en juicio pues se hacen sujeto de duda en cuanto a la verdad de los que dicen: *los hombres conocidamente de mala fama, que es tal que no pueden ser testigo en ningún pleito*.³⁸⁸ Así, no pueden ser testigos el que es conocido como infame, tanto por hecho o por derecho y el que tiene una mala vida y fama, tales como el tahur, el alcahuete, el ladrón y el borracho, aunque no lo esté mientras depone, lo mismo que el hombre vil en general.³⁸⁹ Además de esta condición de mala fama en general, quedan excluidos de la posibilidad de ser testigos aquellas personas a las que se le conoce haber cometido falsedad, en testimonio, en documento o en otro medio, y en general a los delincuentes, como el traidor o el alevoso.³⁹⁰

Se incluyen en esta prohibición específica para ser testigo la persona que por su forma de vida o por sus actos anteriores se le supone que su testimonio puede no ser de verdad y que por lo tanto puede alterar el efecto de la prueba.

En cuanto al aspecto de la religión, es motivo de prohibición para atestiguar en juicio el estar **excomulgado**, en el mismo plano equivalente de suponer una condición de no fiabilidad que a la persona de mala vida y fama; pero además se excluye de declarar a los **judíos, moros y herejes** en los pleitos contra cristianos, pues en los pleitos que traigan entre ellos si pueden ser

³⁸⁷ P.P. 8.16.23.

³⁸⁸ P.P. 8.16.3.

³⁸⁹ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 137.
P.P. 8.16.3.

³⁹⁰ P.P. 8.15.3.; en esta ley se relacionan una serie de actividades "ilícitas" como excluyentes de la cualidad de testigo, tales como envenenar, hacer abortar, hacer daño corporal, matar, tener barraganas conocidas estando casados, o los que fuerzan a las mujeres, e incluso los menores que salen sin licencia.

testigos.³⁹¹

E) Las formalidades en las declaraciones de testigos. Además de la edad, la capacidad, la vecindad y la probidad de las personas que se presenten como testigos para que puedan ser admitidos como tales por el juez y no tachados por la parte contraria, en la declaración de estas personas deben concurrir una serie de circunstancias sin las cuales no sería válida. En primer lugar debe hacerse la declaración **con citación de la parte contraria**, esta circunstancia, común a la práctica de toda la prueba procesal, es particularmente trascendente en la prueba de testigos; la presencia de la parte en el acto del juramento de los testigos es una facultad discrecional que viene a posibilitar a la contraria el conocimiento personal de los testigos a los que se va a interrogar para poder en el caso de que lo considere oportuno, ponerles las objeciones o tachas que considere procedentes. Las partes eran citadas , normalmente con la notificación del auto en el que se admite la prueba de testigos y se acuerda que así se celebre, dándole traslado del interrogatorio y al mismo tiempo citándole para ver jurar a los testigos que comparezcan.³⁹² A la solicitud de la parte, recae auto en el que se dice que *con citación contraria se reciba la información que ofrece, y a su tenor se examinen los testigos que por ella se presentasen*³⁹³ A continuación el escribano "notifica y hace saber el auto antecedente citando en forma para los efectos que en él se expresan". Esta citación-notificación se hacía normalmente al procurador, pero podía ocurrir que el procurador diga que se cite en persona a su parte, protestando la nulidad de lo actuado mientras tanto. La finalidad de la citación a la contraria es la de facilitar su acceso a la prueba para estar presente en el momento del juramento, pudiendo designar a alguien que

³⁹¹ P.P. 8.16.3.

³⁹² GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 103.

³⁹³ A.H.P.S. J-1188/12

comparezca en su lugar. Era el propio escribano el que "en consecuencia de la respuesta antecedente pasa a la casa en donde S.Sª se halla hospedado, y habiendo estado en ella y dando a un criado de dicha casa el recado de urbanidad correspondiente, apareció en persona, se le leyó el despacho, y dice que para los testigos que estén en Daroca que se cita a su mujer"; a las varias semanas, en Daroca, el escribano, "habiendo precedido recado de atención y por lo dicho por la demandante, comparece para citar a su mujer", que a su vez dice que se cite al procurador de su marido.³⁹⁴ Esta circunstancia observada en un pleito no es una casualidad, ya que los **Formularios de la Chancillería de Valladolid** incluían como fórmula para citar al procurador de la "otra parte" una muy similar a la que se acaba de ver:

"Yo el Receptor cité [...] a Fulano procurador en nombre de su parte, el cual dijo: se le cite a su parte en persona para que se halle presente a ver jurar y conocer los testigos"³⁹⁵

Como se ve, la fórmula es muy similar que la de Daroca, lo que hace pensar en esta práctica como usual. La justificación estaría en la facultad discrecional que se da a la parte contraria a la que ha pedido la prueba para estar o no presente en el acto de al misma, de ahí que el procurador transfiera la noticia a la propia parte que es la llamada a tomar la decisión, que por extraordinaria queda fuera del proceso y por lo tanto se consideraría externa a las facultades que tiene el procurador como director o señor del pleito. Desde luego, estamos ante un claro ejemplo de cómo la práctica forense va introduciendo sus formas y sus condicionantes en el largo camino recorrido de perfilar los actos procesales, pues en concreto esta práctica no tiene base procesal para existir

³⁹⁴ A.H.P.S. J-1188/12
A.H.N. CONSEJOS. 22196.

³⁹⁵ FERNÁNDEZ AULESTIA, Ob. Cit. Pág. 66.

Si la parte contraria a la prueba de testigos es citada para que este presente en el momento de jurar, y pese a ello no lo hace, la prueba seguirá adelante.³⁹⁶

En las formalidades para que la declaración de un testigo sea válida, hay que incluir desde luego el juramento de la persona que declara, que será hecho ante el juez que le va a preguntar *pues no vale el dicho del testigo si no se dijo con juramento*.³⁹⁷ El juramento de los testigos pertenece a las **solemnidades** de la recepción de esta prueba, aunque las partes pueden convenir en lo contrario.³⁹⁸ Vale para el juramento de los testigos todo lo dicho al hablar del juramento del confesante, y se explicará la forma de hacerlo en la práctica cuando se hable de la manera de interrogar a los testigos.

F) Obligación de comparecer los testigos. Los testigos eran "presentados" por la parte que pretendía valerse de ellos y por lo tanto la comparecencia no era precedida de citación, ya que lo hacían de forma espontánea en la mayoría de los casos; sólo en aquellos en que se tratase de personas no cercanas a la esfera del presentante, se podría solicitar del juzgador que se le citase previamente, apremiándosele para comparecer, ya que el juez puede compeler y apremiar a los testigos de la parte que se intente valer, para que comparezcan a declarar, y puede hacerlos comparecer ante sí, aunque no quieran[...].³⁹⁹ esta facultad del juzgador para exigir a los testigos a comparecer a contestar a las preguntas que se les formulen tiene sus limitaciones.

Debido a circunstancias específicas de determinadas personas, y sólo en los pleitos civiles, no tiene el juez que apremiar a las personas mayores de setenta años, ni a los soldados o personas ocupadas en la guerra. Igualmente está exento de la obligación de comparecer como testigo la

³⁹⁶ JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pág. 300.

³⁹⁷ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 87.

³⁹⁸ JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pág. 300.

³⁹⁹ N.R. 6.6.4.

persona que tuviere un enemigo tal, que el hecho de comparecer le pudiese acarrear un gran riesgo; tampoco está obligado el enfermo mientras dure su enfermedad. Por distinto motivo que los anteriores, no pueden ser obligados a declarar determinadas personas por la dignidad que ocupan o que están investidos, así los obispos, o próceres importantes; y por un motivo de salvaguardia del honor de las mujeres, éstas no están obligas a declarar, y si la causa fuese de gravedad, deberá ir al juez a su casa a tomarle allí la declaración.⁴⁰⁰

Las prohibiciones genéricas para ser testigos en cuanto a las relaciones de parentesco, vínculo y dependencia, actúan también como un obstáculo legal para que el juez pueda obligar a declarar a determinadas personas. Así están exentas del deber de comparecer los ascendientes y descendientes, y los parientes por colateralidad hasta el cuarto grado en causas en las que se discuta su condición personal, su fama o la pérdida de la mayor parte de sus bienes, extendiéndose igualmente al parentesco por afinidad, y desde luego por matrimonio.⁴⁰¹ Pese a la prohibición que afecta a estas personas para ser testigo y a la restricción que se impone al juez para que le obligue a declarar, y lo hacen espontáneamente y el escribano lo hace constar, su declaración puede ser válida.⁴⁰² Por la relación de dependencia también se imposibilita al siervo a declarar en causa de su señor o contra su señor, pero el juez sólo le puede obligar a comparecer en causa criminal de gravedad cuando sea el único medio para esclarecer los hechos, en los pleitos privados esta obligación no existe, pues se entiende que no se puede ver lesionado la persona, los bienes y la fama del señor.

⁴⁰⁰ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 138 y ss.

⁴⁰¹ TAPIA, Ibidem.
JORDAN DE ASSO, Ob. Cit. Pág. 299.
GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 101
P.P. 10, 11 y 15. 16.3.

⁴⁰² P.P. 11, in fine, 16. 3.

8.2. Número de testigos necesario para hacer prueba.

En la filosofía jurídica es muy frecuente que determinados principios conceptuales se consideren fundamentales o invariables, informando la forma de hacer la doctrina, e incluso de hacer las leyes el legislador. Estos principios básicos se plasmaron desde La Glosa como **axiomas** manejados desde entonces, y hasta hoy, por todos los juristas tanto teóricos como prácticos que se movían en los márgenes del derecho privado, objeto directo y concreto del Derecho Común. Pues bien, uno de estos axiomas jurídicos contenía el principio por el cual un solo testigo no podía, en principio hacer prueba en juicio: "*testis unus, testis nullus*". Ningún pleito podía probarse por un solo testigo, aunque si este testigo es hombre bueno y honrado haría gran presunción sobre el hecho que atestiguase.⁴⁰³ Es decir, la declaración de un único testigo equivaldría a prueba semiplena, lo que supone la necesidad de completar esta prueba con otro medio probatorio, salvo que el asunto sea de poca importancia, ya que entonces puede completarse con el juramento del actor. También en asuntos de alcabalas, puede ser válido el testimonio de una sola persona, si ésta es el Corregidor, y es hombre de buena fama, justificándose que no se puede presentar otro testigo. Y en general será válido el dicho de un solo testigo cuando no se cause perjuicio a tercero, las partes están de acuerdo, el testador ha fijado a una persona para que se esté a sus dichos, y en general, cuando se intente demostrar la inocencia de un acusado, o cuando no existe otro modo de probar sin dificultad.⁴⁰⁴ Pero aún hay otra excepción a la unicidad del testigo: los casos en que la persona goce de una cualificación muy alta estamentalmente hablando: "*si el Emperador o el Rey diese testimonio sobre alguna cosa, decimos que abonda para probar todo pleito*", en estos casos la cualidad de la persona

⁴⁰³ P.P. 32.16.3.

⁴⁰⁴ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 88.
TAPIA, Ob. Cit. Pág. 152.

destruye todo rigor del principio jurídico que duda de que lo dicho por una sola persona los hechos estén probados.⁴⁰⁵

En resumen, el principio y norma general es que lo dicho por un solo testigo no es suficiente para hacer prueba sobre lo que alega, ahora bien, a esta norma se le fueron yuxtaponiendo una serie de excepciones, basadas en la imposibilidad de hacer otra prueba o en la cualidad específica de la persona que declara como testigo, para que con una única declaración se pudieran llegar a probar efectivamente los hechos.

Desde que la recepción del Derecho Común tuvo su reflejo en la legislación real, se acogió el principio general que postula la necesidad de un mínimo de dos testigos para que la prueba surta los pertinentes efectos.⁴⁰⁶ Aunque el número de dos testigos se entiende como mínimo para poder hacer prueba sobre algún hecho, **Las Partidas** sólo exigen que los testigos sean de buena fama y que sean hábiles, es decir, no sujetos a prohibiciones; posteriormente la doctrina, interpretando la necesidad de que los testigos estuviesen libres de toda excepción como la coincidencia en sus declaraciones, se añadió otra exigencia en estos dos testigos para hacer prueba, y era que las respuestas fueran coincidentes en la cosa, el hecho, el tiempo, el lugar y las circunstancias; por lo tanto, si no hay concordancia y son discordantes en sus declaraciones, se entienden que son **singulares** y por lo tanto no hacen plena probanza, lo que equivale a un solo testigo, aunque sean mil.⁴⁰⁷ Tampoco hacen prueba plena los testigos varios y singulares, que son los que declaran sobre diversos hechos, de modo que cada uno testifica de un hecho y no

⁴⁰⁵ TAPIA, Ibidem.
ORTIZ DE ZÚÑIGA, Ob. Cit. Pág. 47.

⁴⁰⁶ VALLEJO, La regulación del proceso en el Fuero real, pág. 529.
F.R. 2.8.1.
P.P. 32.16.3

⁴⁰⁷ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 152.
HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 88.

concuerta con el testimonio de los otros. Esta llamada **singularidad de los testigos** puede ser de distinto tipo:

-la singularidad adversativa, que es aquella que contiene contradicción en los hechos que hace imposible que ambas declaraciones sean ciertas, por lo que no pueden ser utilizadas como prueba.

-la llamada cumulativa, cuando sin contradecirse en sus dichos, son distintos pero complementarios, por lo que el uno no destruye al otro, haciendo plena prueba cuando lo declarado se refiere a hechos de naturaleza sucesiva.

-la singularidad diversificativa se refiere a distintos hechos pero que no se contradicen entre sí, sino que se acumulan; no hacen prueba plena pues no son coincidentes los hechos, en todo caso podrían hacer sólo prueba semiplena.⁴⁰⁸

Aunque la necesidad de no discordia se restringe sólo a lo principal y su sustancia, pues cuando es sólo en lo accesorio y de poca importancia se dará valor al testimonio, aunque la declaración hará menos fe que si fuese coincidente. Existe otra excepción a la norma general de hacer prueba plena dos testigos, y es que se exige mayor número, hasta **cinco** para cuando el deudor quiera probar la excepción de pago en la ejecución de un título, *lo debe averiguar [...] el juez por carta valedera o por cinco testigos que digan que estaban presentes cuando se pagó.*⁴⁰⁹ Y hasta **siete** para probar la autenticidad de un testamento, que si resulta que el testador es ciego el número exigido será de **ocho**.⁴¹⁰

Así pues, la norma general era la de ser necesarios dos testigos que reúnan los requisitos

⁴⁰⁸ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 153 y 154.
HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 89.

⁴⁰⁹ P.P. 32.16.3.

⁴¹⁰ JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pág. 301

exigidos a las personas que se presenten como tales, y que a su vez sean coincidentes en sus declaraciones para poder hacer prueba. Ahora bien, en los pleitos examinados ninguna de las pruebas testificales reduce el número de testigos presentados a dos, siempre son más las personas que se pretende que declaren para hacer prueba sobre los hechos que se intentan demostrar. Como en otros muchos aspectos, la realidad procesal era ajena a lo previsto en las leyes. En la misma ley de **Las Partidas** que hemos visto para el límite mínimo de testigos, en el párrafo "in fine" aparece la limitación al número máximo de testigos que se pueden presentar en juicio. El juez no debe consentir a las partes que utilice más de **doce** testigos en pleito, pues se considera que con estos testigos está suficientemente probado lo que se intente demostrar. Pues bien, esta limitación no debía ser tomada muy en cuenta, ya que el número de testigos era muy elevado hasta el punto que se hace necesario fijar un nuevo límite máximo del número de testigos.⁴¹¹ En las Ordenanzas dadas por Fernando e Isabel en Alcalá de Henares en 1503, se ordena que ninguna de las partes pueda presentar en los pleitos y causas más de **treinta testigos**; pero si las preguntas fueran distintas para cada testigo, se permite que presente por cada pregunta los treinta testigos, siempre que jure que no lo hace por malicia, ni por dilatar. Incluso puede la parte, una vez nombrados los testigos, variarlos si llega a su conocimiento la existencia de otras personas que puedan probar mejor, siempre que renuncie a alguno de los presentados y en límite de treinta.⁴¹² Una vez presentados todos los testigos, si la parte no quiere que sean examinados todos, puede renunciar a los que estime, sin que nadie le pueda obligar a que sean interrogados, ya que entra, el número de testigos que se presentan y se examinan, dentro de las facultades discrecionales de

⁴¹¹ LALINDE ABADÍA, Ob. Cit. Pág. 789

⁴¹² N.R. 7.6.4.

las partes.⁴¹³

En cuanto al número máximo de testigos que le son permitidos a las partes presentar, nos encontramos con una de las situaciones propias del sistema procesal de la Época Moderna, en el que la acumulación de actos innecesarios daba al proceso en general la pesadez y poca agilidad que le hacía acumulativo y lleno de actuaciones de las que se podía prescindir; y como en otras ocasiones similares, (reiteración de las solicitudes de rebeldía, de los escritos de conclusión, de requerimientos para devolver los autos) si se busca el origen de las que podríamos llamar "**disfunciones**", habría que hacerlo en la forma gravosa para las partes de actuar los profesionales del Derecho y de la administración de justicia. Si la ley y la doctrina consideran suficientes las declaraciones de dos testigos para hacer prueba, es innecesario la presentación y el interrogatorio de mayor número de personas, y si así se hace es con fines distintos a la buena marcha y consecución del proceso. El número de testigos encarecía el pleito a costa de las partes, pues aunque su asistencia a declarar era gratuita, en el caso que el testigo viviese fuera de la sede del tribunal, había que costearles los gastos de traslado, pero además, las actas en las que se documentaba la prueba testifical se hacían más extensas y por lo tanto más costosas en beneficio económico para los escribanos; pero sobre todo, latía la intención de los letrados y procuradores de complicar el pleito ante su representado y defendido para aumentar los honorarios y derechos profesionales. Por ello, los beneficiados con un número de testigos excesivos, no era la parte en sí misma y su derecho, sino los procuradores, los letrados y los escribanos, así como los comisionados para hacer la prueba fuera del lugar de la jurisdicción. Y los pleitos se probaban con excesivos testigos que repetían monótonamente sus respuestas a las preguntas que les hacían la parte, sin que su exceso supusiese para el juez ninguna garantía de veracidad, ni mucho menos

⁴¹³ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 153.

una ayuda a la hora de fallar el pleito por considerarlo suficientemente probado, pues según las normas de apreciación y valoración de la prueba, el exceso de declaraciones de testigos no tenía utilidad finalmente. En cualquier caso, la práctica común de los jueces y escribanos, como también lo era en otras cuestiones, consistía en admitir los testigos que las partes propusiesen, ya que la parte contraria puede utilizar la posibilidad de la **tacha de testigos**; con este criterio, se dejaba abierta la puerta para que las partes actuaran sin limitaciones y sin tener en cuenta las normas de procedimiento.⁴¹⁴

Finalmente se da una limitación específica en los testigos en segunda instancia, tanto en apelación como en suplicación, al no poderse presentar como testigos a personas que ya han declarado en la primera instancia, pues la prueba en esta instancia tiene un carácter de excepción, ya que de lo que se trata es de valorar si el juez de instancia juzgo bien y correctamente.

8.3. Los interrogatorios de preguntas y su presentación.

Es un elemento esencial en la prueba de testigos el **interrogatorio de preguntas** que ha de confeccionar la parte que presenta a los testigos para que sean examinados conforme al contenido del mismo. Estos interrogatorios son una pieza fundamental en la prueba y tienen su propia identidad, ya que no se incluyen en la proposición de las pruebas, sino que se forman a parte y se presentan con un pedimento específico. La partes han de confeccionar los interrogatorios después de que se les notifique la sentencia o el auto de recibimiento a prueba, y para ello se les da vista de los autos por su orden, es decir, primero al actor y después al demandado.⁴¹⁵ Esta vista de los autos se hace necesaria , ya que supone un repaso de todas la

⁴¹⁴ JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pág. 31.

⁴¹⁵ ORTIZ DE ZÚÑIGA, Ob. Cit. Pág. 45.

alegaciones de las partes que pueden dar una idea de cuales son aquellos aspectos de la litis que necesitan ser probados. Por lo tanto, a la vista de los autos la parte forma un interrogatorio para examinar a los testigos, que no es otra cosa que un catálogo o carta de preguntas que cada parte ordena y presenta con pedimento para que a su tenor sean examinados y preguntados los testigos.

La cuestión de los interrogatorios de preguntas se reduce casi en exclusiva a la práctica procesal, que fue perfilando unas formas que se impusieron, de tal manera que existe una total unanimidad entre aquello que los autores prácticos explican y lo que en la práctica se hace. En primer lugar, hay que ver de qué tipo son las preguntas y cuestiones que se han de incluir en el interrogatorio. En todos los casos se incorporarán tres preguntas llamadas *generales*, que se sitúan tanto al principio como al final del pliego. Se le preguntará el testigo en primer lugar sobre el conocimiento de las personas que son parte en el asunto, y la sobre la noticia que tienen del pleito su objeto y contenido⁴¹⁶; y las verdaderamente preguntas generales de ley, que son si tiene parentesco con alguno de los litigantes amistad íntima o enemistad manifiesta; si han sido sobornados o intimidados por alguno de ellos para ocultar la verdad o decir en falso.⁴¹⁷ La intención de preguntar esto expresamente al testigo, que como se ve se refiere a las prohibiciones para ser testigo, se dirige a las **tachas** que les puede poner la parte contraria, pues si alguna le comprende su declaración puede ser nula. Y en cualquier caso, si el testigo reconoce que algunas de estas cuestiones le comprende o le afecta, no por eso debe dejar de examinarle el escribano, después de preguntar cual de los impedimentos le afectan y si a pesar de ello no dejará de decir

⁴¹⁶El conocimiento que se exige a los testigos sobre el pleito, no va más allá de lo que las partes pretenden en su contienda, pues queda fuera de esta exigencia el dicurrir procesal, basta con que los testigos conozcan las intenciones, no el proceso

⁴¹⁷ ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Ibidem*.

la verdad.⁴¹⁸ La última de las cuestiones de carácter general que se le han de hacer al testigo se refiere a sus circunstancias personales, así debe preguntársele la edad que tiene y el oficio y destino que ejerce, y de donde es vecino. En cuanto a la edad, está claro que, como ya se dijo cuando se vieron los requisitos para ser testigo, debe constar para tener en cuenta la validez del testimonio dado; más difuso es el hecho de preguntar al testigo por su oficio, pues se justifica esta pregunta en conocer si el testigo ejerce o no un **oficio vil**, pues si así fuese habría que suponerle capaz de cometer la vileza de declarar sin honor. Por el contrario, el dato de la vecindad sí tiene sentido que le sea preguntado, pues sirve para tener mejor referencia de su conocimiento y su procedencia y tenerle localizado en caso de que se averigüe que es perjurador y haya que castigarle.⁴¹⁹

Finalmente, se incluye en los interrogatorios una **última pregunta** por la que se le pregunta al testigo si lo que ha contestado es *público y notorio, de pública voz y fama y común opinión*. Esta pregunta, que en la práctica no se omitía y se incluía siempre al final del interrogatorio antes de firmar el testigo, podría ser considerada impertinente para ser utilizada en las causas civiles, ya que quedan dentro del marco de la privacidad y por lo tanto no se puede pretender que los hechos que allí se discuten sean de público conocimiento.⁴²⁰

El segundo grupo de preguntas que forman un interrogatorio de testigos, son las llamadas *preguntas útiles* que vienen a ser las que conciernen directamente al punto que se discute u objeto litigioso. Deben ceñirse estas preguntas a los hechos alegados y a lo excepcionado, sin poder ir más allá, pues si así lo hiciese la parte, la pregunta será tenida como impertinente por el juez, ya

⁴¹⁸ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 143.

⁴¹⁹ TAPIA, Ibidem.

⁴²⁰ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 103.

que así lo dispone una Ley Real, que dice que aunque alguien alegue algo en juicio, si su razón fuese de tal carácter, que aunque la probase no le podría beneficiar en el pleito ni perjudicar a la otra parte, el juez no debe recibir esta prueba, y si la recibiese que no valga.⁴²¹ Ahora bien, otra vez nos encontramos con una abertura para que las partes actúen al margen de la normas: debido a que al juez no le da tiempo a examinar todas la preguntas de los interrogatorios que presentan las partes, se limitan a dictar un auto por el que dicen que *habiendo por presentado el interrogatorio en lo que pertenece a la causa*; esta cláusula de Estilo, procede de las Leyes de Estilo, le habilitaba para desestimar después las pruebas que se hiciesen sobre las preguntas inconducentes⁴²², y además produce tres efectos en el pleito: 1º.- está cumpliendo con la norma sin incurrir en penalización; 2º.-si en el momento de hacerse la prueba se observa que determinadas preguntas no debieron hacerse se las estima por no admitidas, y lo dicho por el testigo carece de validez.3º.-si un testigo no debería ser examinado por su infamia, no hará fe su dicho.⁴²³ Es decir, se actúa salvando las consecuencias negativas que a posteriori pueda tener el hecho de no examinar el juez el interrogatorio, basándose en la última parte de la norma mencionada, en el que se explicita, que los testigos examinados fuera del contexto regulado, no tendrán validez, por ello, se advierte por el juez que el interrogatorio vale y lo admite, sin perjuicio de que si resulta ser impertinente alguna de las preguntas, ésta no tendrá validez y lo que conteste el testigo será nulo para la prueba.

Del pedimento con el que se presenta el interrogatorio de preguntas, una vez admitido por

⁴²¹ N.R. 4.6.4.

⁴²² GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 103. Señala el autor que sólo se debe entender esa situación cuando el interrogatorio se presenta al juez y en las Salas del Crimen de las Chancillerías y Audiencias, ya que en las salas de lo civil de éstas no se presentan a los jueces principales, sino a los receptores comisionados para hacer las pruebas.

⁴²³ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 144
ORTIZ DE ZÚÑIGA, Ob. Cit. Pág. 46

el juez, se debe dar traslado a la otra parte;⁴²⁴ este traslado mediante entrega de copia a la parte contraria se hace " para que de preguntas que sean repreguntados, y para que mejor den razón de sus dichos y se averigüe la verdad".⁴²⁵ La verdadera intención de este paso es la de que la parte contraria a la que presenta el testigo o testigos y las preguntas por las que quiere que sean interrogados, puedan formar, si lo creen conveniente, otro **interrogatorio de repreguntas**. Este interrogatorio no tiene base legal,⁴²⁶ y en la práctica era poco utilizado, aunque su utilidad está basada en que los testigos expongan mejor el hecho y la razón de sus dichos, y para hacerles variar y apurar si venían o no sobornados.⁴²⁷ Pero el mismo **Tapia** nos advierte que la *inconclusa* práctica del Consejo y de muchos de los juzgados reales está en contra de la formación de estos interrogatorios de repreguntas, y que incluso no se da el traslado a la parte contraria ni el escribano lo pone de manifiesto, practicándose sólo en los Tribunales Eclesiásticos, por lo que se debe seguir su práctica, que admite que el interrogatorio de repreguntas se haga con los mismos criterios que el interrogatorio de preguntas.⁴²⁸

Y dentro de este momento procesal en el que se puede producir la intervención de las partes en la prueba de testigos, hay que referirse a los **escribanos acompañados**. Esta figura, arraigada en la práctica, aparece como un control de la actuación de los comisionados receptores de pruebas, que como ya se ha visto eran en la mayoría de los casos escribanos, o bien el de la causa o el del lugar en que se habían de practicar las pruebas, y si la probanza procedía de audiencia o chancillería, se encomendaba a un receptor de oficio. Pues bien, la práctica introdujo

⁴²⁴ GÓMEZ NEGRO, Ibidem.

⁴²⁵ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 85.

⁴²⁶ Las referencias que da HEVIA BOLAÑOS son todas de autores clásicos.

⁴²⁷ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 145.

⁴²⁸ Ibidem.

la figura del escribano acompañado como designado por la parte contraria a la que había pedido la prueba,⁴²⁹ y como su término hace entender, asistía a la prueba *acompañando* al comisionado o receptor. Aunque se verá la actuación práctica de estos acompañados al ver la práctica real de las prueba de testigos, cabe decir en este momento, que los acompañados podían en el momento de examinar a los testigos repreguntarlos, sin excederse ni hacer repreguntas que no sean concernientes al pleito

*"como muchos enredadores lo practican, ni el escribano comisionado ha de admitirlas, ni permitirlo, pues se deben dirigir a apurar la verdad del hecho, y no a confundirla ni oscurecerla."*⁴³⁰

Finalmente, cabe hacer dos observaciones acerca de los interrogatorios, tanto de preguntas como de repreguntas, y es que deben estar firmados por letrado; aunque este requisito no aparece expresamente contenido en ninguna norma, así se observaba en la práctica, primero por ser el interrogatorio una de las actuaciones que no se entendían como de mero o simple trámite y por lo tanto precisar firma de letrado con carácter general, y segundo, porque así venía precisándolo la práctica de los tribunales. Así se expresa en Carta Receptoria librada por la Chancillería de Valladolid en Caso de Corte a petición de la parte actora, en la que dentro de las instrucciones que se dan a las justicias para hacer la prueba, se incluye la precisión de que los interrogatorios que se le presenten *vayan firmados de Abogado examinado en la dicha nuestra Audiencia, y si no lo hicieren, no los recibáis*.⁴³¹ Como en otros casos, el hecho de que el interrogatorio de preguntas debe ir firmado por el letrado, se convierte en una garantía de no

⁴²⁹ TAPIA hace mención al **estilo** en algunas **provincias** de nombrar "acompañados" que vean examinar a los testigos. Ob. Cit. Pág. 145.

⁴³⁰ Ibidem.

⁴³¹ CHAN. VALL. P.A. 2987-2

banalidad para el juez y las partes, pues el contenido del interrogatorio se ha de suponer ajustado a la realidad del pleito si es el propio letrado director el que lo formula. La otra de las exigencias a las que se somete el interrogatorio de preguntas es la su **reserva en la escribanía** una vez que ha sido presentado, sin que tenga acceso a él la parte contraria ni pueda hacerse uso de él hasta que se vayan a recibir las declaraciones; corresponde al escribano la responsabilidad de guardar estos interrogatorios, sin que los pueda ver persona alguna, salvo el juez y los testigos al tiempo de su examen.⁴³² El interrogatorio de repreguntas se ha de reservar también para no hacerlo público.⁴³³ Se contradice este criterio con el de otros autores que consideran el interrogatorio, como secreto, dentro de una cierta influencia del proceso criminal

En la cuestión de la publicidad de los interrogatorios de preguntas, prevalece el deber del secreto sobre el conocimiento de las mismas a la parte contraria; solamente **Hevia y Bolaños** menciona la posibilidad de esta práctica que arranca del Derecho Canónico y para lo que se basa en la opinión de **Paz**; práctica que en la realidad no se llevaba a cabo

En cuanto a la confección material de los interrogatorios, la mayoría de los autores prácticos dedican parte de sus obras a indicar a los profesionales del derecho como deben hacer estos documentos.⁴³⁴ Como el interrogatorio debe ser presentado con un pedimento, en éste se decía que la causa había sido recibida a prueba, por término común a las partes, y para hacer la que se pretende presenta el interrogatorio, suplicando que lo tenga por presentado, *se sirva mandar que a su tenor, con citación contraria se examinen los testigos que a este fin se*

⁴³² JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pág. 26.

⁴³³ ORTIZ DE ZÚÑIGA, Ob. Cit. Pág. 46.

⁴³⁴ Conviene tener presente, para valorar la aportación de la práctica, que la Codificación recogió su creación pues la regulación que hace la Ley de Enjuiciamiento Civil de la prueba de testigos trae el contenido de este hacer forense, pues la legislación real era escasa y parca en este aspecto.

*presentan, acometiendo este examen en la forma ordinaria.*⁴³⁵ Normalmente el pedimento finalizaba aquí, aunque se podía en este momento designar los nombres de los testigos por medio de "otro sí" en el que se decían los nombres y la vecindad de las personas conocedoras del hecho y que se presentaban como testigos para ser interrogados.⁴³⁶ Aunque lo frecuente en la práctica era no nominar a los testigos y presentarlos en el momento de hacer la prueba como se verá.

La forma más común de hacerlo consistía en que el interrogatorio fuese un documento separado del pedimento con el que se presentaban las preguntas, aunque podía hacerse de forma conjunta en un solo escrito al finalizar las preguntas y separadamente, se decía que se presentaba el interrogatorio para que según el contenido se examinasen a los testigos que se presentaran,

"para lo que se dará comisión en forma al presente
Escribano, y mediante la estación del tiempo, y
que con dificultad podrán venir en otros días los
testigos de que mi parte intenta valerse, y lo
limitado del tiempo probatorio, habilitar para el
examen y juramento de ellos los dos primeros días
festivos.⁴³⁷

La meticulosidad de los autores les lleva a explicar la forma material de hacer el interrogatorio: "adjunto a este pedimento -se refiere al anterior- pero en pliego o medio separado, se forma el interrogatorio. La cabeza del interrogatorio se suele escribir con más margen que el resto del escrito, no por una razón misteriosa, sino por distinguirla de los artículos".⁴³⁸ Este **encabezamiento** era invariable:

⁴³⁵ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 102.

ELIZONDO, Ob. Cit. Pág. 125.

CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 99.

⁴³⁶ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 99.

⁴³⁷ A.H.P.S. J-1236/27.

CHAN.VALL. P.A. 2792-3

⁴³⁸ GÓMEZ NEGRO, Ibidem.

"por las preguntas siguientes se examinaran los testigos que fueren presentados por parte de D^a Josefa Asensio Coronel, vecina de la ciudad de Zamora, en el pleito que litiga con D^o. Alonso José de Zuazo [...] sobre que la contribuya y asista con los alimentos necesarios correspondientes a sus circunstancias".⁴³⁹ O bien como modalidad simplificada : " los testigos que produjere Pedro Blasco Crespo boticario titular y vecino del lugar de Otero de Herreros, de esta jurisdicción, en el pleito que sigue con María Calatraveño, viuda y su convecina sobre que le mantenga en la casa que hoy habita, y de la que esta es administradora en concepto de curadora y madre de Pedro Villagro, y poseedor de cierto aniversario a que parece que está y es afecta aquella, sean examinados y preguntados a tenor de lo que subsigue"⁴⁴⁰ Como se puede ver de estos dos ejemplos, el encabezamiento de los interrogatorios de testigos no era nada más que la colocación de los datos esenciales del pleito: las partes y el objeto, que era por los cuales se identificaban los asuntos en las Escribanías. A continuación se incluían **las preguntas** que aparecían siempre numeradas.

La primera, se refería al conocimiento de las partes que litigan, noticias del pleito y las demás generales de la ley, que se refieren a las circunstancias o requisitos que deben tener los testigos , tales como conocimiento, ciencia o imparcialidad: "si conocen a las partes que litigan, tienen noticia de este pleito y causa y demás generales de la Ley".⁴⁴¹ Y se llaman "generales" porque se deben poner necesariamente como preliminares de todos los interrogatorios sin que puedan las partes omitirlas, pues es un requisito ajeno a su voluntad y por lo tanto necesario, y se llaman "de la ley" porque estas preguntas están contenidas en una ley que las manda incluir

⁴³⁹ CHAN. VALLA. P.A. 2987-2

⁴⁴⁰ A.H.P.S. J-1236/27.

⁴⁴¹ CHAN. VALL. P.A. 2792-3

en los interrogatorios a los testigos.⁴⁴² Esta ley es el capítulo 16 de las Ordenanzas de Madrid, en la que se recogen las instrucciones que se deben dar en las cartas receptorias de prueba en las que se debía decir que el juez receptor o escribano pregunte a cada testigo, que edad tiene, si es pariente en grado de consanguinidad, afinidad de la parte, o en que grado, o si es enemigo o amigo de alguna de las partes; o si desea que alguna de las partes gane el pleito, o fue sobornado, corrupto o atemorizado por alguna de ellas.⁴⁴³ Por el contrario, las preguntas que se refieren al conocimiento de las partes y noticia del pleito no aparecen en ninguna ley, pero han sido introducidas por la práctica y estilo del foro para que el juez pueda valorar y entender la fuerza de las declaraciones partiendo del supuesto de que los testigos están seguros de la identidad de las partes y de lo que el pleito se trata; al ser esta práctica observada generalmente, a estas preguntas también se las denomina generales, aunque no estén incluidas en la ley.⁴⁴⁴ A continuación de estas cuestiones previas e imprescindibles para la validez posterior de la prueba y para las posibles tachas que pudiese presentar la parte contraria, empiezan a formularse las preguntas sobre el objeto de la prueba, la llamada "útiles", que empiezan en la **segunda** del interrogatorio y se inician con la interrogación indirecta "*si sabe y ha oído decir*". Este grupo de preguntas constituye el verdadero objeto de la prueba, y en el se incluyen todas aquellas cuestiones que afectan al fondo del asunto litigioso no probados en confesión, tanto por el actor como por el demandado.⁴⁴⁵ Aunque se imponía la limitación de **treinta preguntas** como máximo, no se producían interrogatorios excesivamente largos o complicados en cuanto al contenido, estando la media aproximada en unas **diez preguntas**, que salvo excepciones solían

⁴⁴² CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 101

⁴⁴³ N.R. 8.6.4.

⁴⁴⁴ CONDE DE LA CAÑADA, Ibidem.

⁴⁴⁵ CONDE DE LA CAÑADA, Ibidem.

ser comunes a cada testigo. Se podía preguntar desde el conocimiento de la propiedad de una casa de dos transmisiones anteriores, hasta por la escasez de casas de un determinado pueblo; o desde si saben que el difunto, antes de morir llamó a su sobrino para que le custodiase una gran partida de dinero; o bien "que atendida la calidad y circunstancias bien notorias que asisten a doña Josefa Asensio Coronel para que se mantenga y porte con la debida decencia y aseo correspondiente, le es preciso y necesario no sólo el ornato de vestidos de sedas y lana de la mejor calidad, sino también el de algún aderezo de diamantes u otras piedras de que usan regularmente las mujeres y todas las de su condición y prendas". Incluso las preguntas podían referirse a sentimientos y actitudes ajenas que podrían determinar declaraciones de derechos a favor o en contra, tales como, si se conocen los sentimientos que una madre tenía hacia su hijo y como se sentía el hijo respecto de la madre. Estas preguntas deberán estar hechas con cuidado y orden para que resulten **claras y distintas**, poniendo en articulo separado cada hecho que se intenta demostrar, haciéndose resaltar aquellas circunstancias interesantes que puede haber en los hechos. De esta necesidad de articular las preguntas en base a los hechos que se intentan demostrar, como una premisa lógica del razonamiento procesal necesario para llegar a la decisión final, surge la exigencia de que los interrogatorios vayan firmados por un letrado, o lo que es lo mismo, que sea el propio letrado el que los confecciona.

La última parte del interrogatorio es la pregunta que se refiere a que si lo que pregunta es público y notorio, de pública voz y fama, y común opinión. La fórmula aparecerá exactamente igual en todos los interrogatorios, sin ninguna alteración. Lo que en un principio se puede pensar que se preguntaba a los testigos como una forma de garantizar que su conocimiento era extensible a la generalidad y por lo tanto creíble, queda finalmente congelado como un formulismo más, que como ya hemos dicho, parece contradecir los intereses de un proceso civil,

en el que el bien jurídico que se intenta proteger o ejercitar es un derecho subjetivo, que queda incluido dentro de la esfera privada de las personas.

Una vez que la parte ha presentado el interrogatorio de preguntas por el que quiere que se examinen los testigos que piensa presentar, tanto si lo hace en documento independiente como si está el interrogatorio unido al pedimento de presentación, deberá el juez examinarlo, pero aunque en los juzgados unipersonales recae inmediatamente auto sobre su admisión, en Chancillerías y Audiencias y en el propio Consejo de Castilla a su presentación deberá el escribano rubricarlo igual que el pedimento antes de pasarlo al *diligenciero* para que proceda a hacer la prueba.⁴⁴⁶ En cuanto al examen, por el juez o receptor, de las preguntas para declarar si son o no pertinentes ya se ha hablado. En el examen que se hace del interrogatorio, para evitarque contenga preguntas maliciosas o superfluas, puede el juez hacer retirar aquella que no cosidere pertinente.⁴⁴⁷ Lo cierto es que a este necesario y no siempre efectivo examen debe seguir un auto admitiendo las preguntas. En este auto no sólo se admitían las preguntas diciendo que eran pertinentes o que se admitían "en cuanto haya lugar en derecho", sino que también se acordaba examinar a los testigos, a tenor de las preguntas, siempre que constase la citación de la contraria, y además se podía resolver sobre prórroga de prueba, habilitación de días y libramiento de despachos, pero lo esencial era desde luego tener la preguntas como admitidas, aunque fuese con la parodia de hacer que se examinaban y no hacerlo, y a continuación ordenar que se hiciese la prueba. Y consecuencia de esta orden era la necesaria citación de la parte contraria, decidir sobre los tiempos en que se podía hacer el examen de los testigos y ordenar que se librasen los

⁴⁴⁶ MARTÍNEZ SALAZAR, Ob. Cit. Pág. 161.

ESCOLANO DE ARRIETA nos dice que normalmente las pruebas, aunque las pueden ejecutar en Madrid los Escribanos de Cámara, lo normal es que se le encomienden el **escribano de diligencias** de la Escribanía de Cámara por la que pasa el pleito, a menos que las personas que hayan de declarar sean de elevado carácter o distinción, pues en ese caso lo ejecuta el propio escribano de Cámara. Ob. Cit. Pág. 361.

⁴⁴⁷ JUAN Y COLOM. Pág. 26. El autor aclara que así se hace en la práctica

despachos que fueran necesarios.⁴⁴⁸

Si la parte que presenta a los testigos y forma el interrogatorio, omite alguna pregunta o la mención de algún testigo, ya sea por olvido o porque en el momento de su preparación no cree que se pueda probar, y después de presentado el interrogatorio y la relación de testigos en su caso encuentran alguna persona que pueda hacer prueba como testigo, se puede presentar un nuevo pedimento, incluso un nuevo interrogatorio para que se examine al testigo o testigos. La única limitación que se debe tener en cuenta, es que la petición debe hacerse dentro del período de prueba; y la razón o argumento procesal a favor de sus admisión, es la de que ninguna ley lo prohíbe expresamente, ni que tampoco se dice en ninguna disposición que el interrogatorio es único y que se pueda hacer nuevo pedimento con preguntas para testigos, *lo cual es corriente, y así lo he visto practicar.*⁴⁴⁹

En cuanto a la citación a la parte contraria para que estuviese presente si así lo pretendía hacer en el juramento de los testigos, debía constar, y constaba en los autos.⁴⁵⁰ Lo normal era que apareciese a continuación del auto, por el escribano, en el mismo día, **mediante notificación de lo que se contenía en el auto**, citando para los efectos al procurador o la parte en su persona. Pero también aparece en los autos una **diligencia de constancia** por la que el escribano da fe que están hechas las citaciones necesarias para el examen de los testigos.⁴⁵¹ En realidad, de lo que se trataba era de poner en conocimiento de la parte contraria a la que presentaba la prueba, su existencia y la decisión del juez de que la prueba se podía hacer, para que sabiéndolo decidiese

⁴⁴⁸ A.H.P.S. J-1236/27.
CHAN. VALL. P.A. 3558-1; 2987-2; 3325-1.

⁴⁴⁹ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 152.

⁴⁵⁰ VER SUPRA, formalidades en los testigos

⁴⁵¹ Ibidem.

si quería asistir al juramento de los testigos. Al entenderse una obligación del órgano judicial este conocimiento a la otra parte, debía quedar constancia en los autos de que así se había hecho, de ahí que constase expresamente la citación al procurador o a la misma parte, o al menos que estas citaciones se habían hecho antes de entrar a hacerse la prueba de testigos en sí misma.

8.4. Cuando la prueba de testigos debía hacerse fuera de la jurisdicción.

La propia estructuración del sistema judicial en la Época Moderna, con su atípica jerarquización, sus confusiones jurisdiccionales y competenciales, hacía que el lugar en el que se seguía el juicio no siempre era coincidente con aquel en el que se desarrollaron los hechos o las circunstancias específicas del pleito. Es fácil entender que si el asunto se planteaba ante el Corregidor o Alcalde Mayor de una de las ciudades castellanas importantes, las partes podían tener su residencia en cualquiera de las poblaciones que integraban su amplia jurisdicción, circunstancia que se ampliaba en mayor medida cuando el pleito era un Caso de Corte planteado en primera instancia en Chancillería, y tanto demandante como demandado residían en cualquier lugar de su amplísima demarcación. Se trata de una de las características del mundo judicial de la monarquía moderna: las distancias físicas entre la realidad social y humana origen de la contienda y su resolución en vía judicial. De esta situación surgía la necesidad, frecuente en los pleitos, de hacer determinadas diligencias fuera del ámbito territorial de la jurisdicción de quien conoce del pleito; se ha visto en los emplazamientos y se ha hablado con carácter general de las pruebas hechas fuera del territorio. En este momento del proceso, situándonos en la realización de la prueba de testigos, es decir, en la materialización de sus declaraciones ante el juez, sea o no comisionado, el abundante desplazamiento de personas y oficiales reales hace reflexionar sobre esta circunstancia.

Si al hablar de la prueba ya se trató de las **receptorias** y de los **receptores y comisionados**, en este punto hay que llamar la atención sobre que la mayoría de las receptorias que se expedían eran para la realización de la prueba testifical, y aunque alguna contenía también instrucciones para sacar traslados de escrituras, un gran número de estos documentos y de su consiguiente estela humana, tenían por finalidad tomar declaración a los testigos que residían fuera del ámbito territorial del juez de la causa. Los motivos, pueden ser dos: el primero se corresponde con otra circunstancia ya reflejada, como era el gran volumen de pruebas de testigos que se llevaban a cabo en los pleitos, y el segundo el que se ha apuntado al principio de esta exposición: que los testigos vivían en distinto lugar de aquel en el que residía el juez de la causa,⁴⁵² lo que obligaba a librar despachos o cartas receptorias para poderles tomar declaración.

Aunque como ya se ha dicho, la legislación real posterior a **Las Partidas** no contiene una regulación extensa o sistemática de la prueba de testigos, en este aspecto de la residencia externa de los testigos, sí se menciona al regular las receptorias y su contenido. Conviene en cualquier caso hacer un posicionamiento de la legislación en este punto. En primer lugar, en **Las Partidas** sólo se regula el supuesto en el que **el juez de la causa** envía su despacho **al juez del lugar** en el que viven los testigos, rogándole que reciba las declaraciones, y documentadas y selladas sin ser vistas por las partes, se las envíe.⁴⁵³ Si el juez de la residencia de los testigos (un Alcalde Ordinario) pertenece a la misma jurisdicción que aquel que conoce de la causa (un Alcalde

⁴⁵² Si la competencia para conocer de un asunto venía fijada por motivos subjetivos -el lugar de residencia del demandado, aquel en el que había de cumplir la obligación-, o bien objetivos -el Alcalde Ordinario sólo era competente para conocer de asuntos de menor importancia -paga de obligaciones de cuantía inferior, arriendos, discernimiento de tutor-, se producía un desplazamiento hacia estos jueces para el conocimiento y fallo de las contiendas; y teniendo en cuenta que un Alcalde Mayor o un Corregidor extendía su jurisdicción a distintos lugares de su territorio, las personas que en ellos vivían se veían obligadas a acudir a su sede para pedir que les juzgase, lo que indudablemente tenía como consecuencia que los testigos, o bien acudían ellos ante el juez, o bien el juez debía encomendar su examen a un comisionado o un receptor.

⁴⁵³ P.P. 27.16.3.

Mayor o un Corregidor) el despacho se dirige de juez superior a juez inferior, pero si los dos jueces pertenecen a distinto ámbito territorial e igual o similar capacidad jurisdiccional, los despachos para hacer la pruebas se entienden **exhortatorios** pues se manada y reciben por jueces iguales. En segundo lugar, la Nueva Recopilación regula la situación en el plano de las Chancillerías y Audiencias que expiden **cartas receptorias** a cualquiera de la Justicias ordinarias, sin especificar el nivel jerárquico del juez al que va dirigida. Son dos normas de la Ordenanzas de Madrid, los capítulos 15 y 16,⁴⁵⁴ que van dirigidas a situaciones en las que el órgano jurisdicente es el Consejo o la Chancillería, lo que supone **siempre** distanciamiento geográfico entre el órgano y los sujetos de las pruebas. En la primera de estas disposiciones, se hace una referencia muy clara al condicionante que suponen las distancias, cuando se refiere a que el presidente y oidores pueden abreviar los términos de prueba *acatada [...] la cantidad y distancia de los lugares donde se han de hacer la probanzas*. Constituía pues un elemento circunstancial de la prueba el hecho de que habían de hacerse en lugares distintos de los que tenía sus sede el tribunal. En la última parte de esta misma norma, una vez que se han fijado y establecido los tiempo para poder hacerse las pruebas según las distancias, se manda que *a cada una de las partes se les de su carta receptoría*, obligación del tribunal inherente a la práctica de las pruebas en sí mismas: para que se puedan hacer las pruebas en los distintos lugares de la amplia jurisdicción de estos órganos jurisdiccionales. En resumen, por la ley se admite que las pruebas se han de hacer en lugar distinto al de la sede del tribunal, y que para ello habrá de darse a las partes una carta receptoria con el fin de que la prueba se puedan llevar a cabo.

La segunda de las normas mencionadas comienza regulando la exigencia de notificar las receptorias a las partes que estén en rebeldía, pero en la segunda parte extiende la exigencia a

⁴⁵⁴ N.R. 1 y 8. 6.4., respectivamente.

todas la cartas rectorias, sin distinción de situaciones de rebeldía o con parte personada. Contiene esta norma unas minuciosas instrucciones que serán incluidas en los despachos para prueba testifical, para ser seguidos por el juez, receptor o escribano que tome las declaraciones a los testigos. Con ello se está insistiendo en la importancia de controlar que los exámenes a los testigos se hagan correctamente, una vez que quedan fuera del control del juez que conoce del asunto.

La doctrina de los prácticos admite como general la posibilidad de que los testigos residan fuera del territorio o jurisdicción del juez que conoce de la causa, para lo cual el juez deberá enviar rectoria o requisitoria para que las justicias donde estuvieran los examinen.⁴⁵⁵ Si el juez envía la requisitoria a las justicias del pueblo en el que viven las personas que se presentan como testigos, en la misma ha de incluirse el interrogatorio de preguntas para que a tenor suyo sean interrogados los testigos; si el documento que se expide es una requisitoria, igualmente se incluirán los interrogatorios, y todos aquellos documentos o traslados de particulares de lo actuado para que los testigos puedan declarar conforme a lo que se pretende.

Esta realidad procesal -la de que los testigos declaren ante juez distinto del que ha de fallar el juicio- que era admitida por la doctrina y regulada en la legislación real, tiene solamente una limitación para su ejecución real, limitación en la que también es unánime la doctrina y la legislación: en causas de las llamadas arduas o de importancia, deberá ser el propio juez del pleito el que tome declaración a los testigos, examinándolos personalmente para instruirse mejor en sus declaraciones.⁴⁵⁶ Este criterio tiene su apoyatura legal en lo dispuesto en la ya mencionada

⁴⁵⁵ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 151.
HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 87.
GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 104.
SALA, Ob. Cit. Pág. 204.
ZÚÑIGA, Ob. Cit. Pág. 47.

⁴⁵⁶ Ibidem.

ley de **Las Partidas**,⁴⁵⁷ en la que refiriéndose a pleitos en los que el resultado pudiese ser gravoso para las partes -se habla de muerte, pérdida de miembro o destierro-, en estos casos debe ser el propio juez que ha de juzgar el que reciba la declaración de los testigos y no otro.⁴⁵⁸ Esta norma fue recogida por uno de los capítulos de la Pragmática dada en Sevilla por Los Reyes Católicos en el año de 1500, y que contenía una **Instrucción de lo que han de hacer los Asistentes, Gobernadores, Corregidores y Jueces de residencia del Reino**; por el capítulo 37 se mandaba que en los procesos criminales y en los civiles arduos y de importancia siempre el juez tome y examine **por sí** los testigos [...] sin encomendarlo al escribano ni a otro oficial, bajo pena para juez y escribano que no lo cumplan.⁴⁵⁹ La intención de los legisladores y de los autores del derecho era muy clara: garantizar que fuese el propio juez que después dictaría la sentencia el que examinase a los testigos, en aquellas causas que por su dificultad o por las consecuencias que se podrían derivar para las partes fuese necesario un mejor conocimiento de los dichos de los testigos; está latente en esta intención lo que después se ha llamado el principio de la **inmediación del juez**, y que al margen de sus motivaciones garantistas, no deja de ser una fórmula por la que se coloca de forma predominante el principio de oralidad sobre el principio de escritura: si la escritura procesal surge como una necesidad de la constancia en el proceso de lo que allí se ha dicho o discutido para poder ser utilizado en una segunda instancia, acaba dominando y envolviendo todo el hacer procesal de tal forma que lo documentado en los autos era lo que el juez debía tener en cuenta a la hora de tomar una decisión. Si una prueba de testigos

⁴⁵⁷ P.P. 27.16.3.

⁴⁵⁸ GREGORIO LÓPEZ glosa esta norma diciendo que el juez que no ha conocido del asunto no podría entender sus dichos, por lo que deben ser compelidos para que comparezcan ante el juez de la causa. A su vez el autor se remite a AZO.

⁴⁵⁹ N.R. 28.6.3. Esta ley fue hecha guardar por Carlos en 1537 a la petición 149 de las Cortes de Valladolid, lo que hace pensar que no era cumplida y que los testigos no eran examinados por el juez aunque la causa fuese de importancia.

se había hecho ante un escribano receptor o ante otro juez, lógicamente lo documentado en los autos era el único material del que podía disponer el juez para emitir su juicio; ahora bien, si el propio juez sentenciador presenciaba y seguía los interrogatorios de los testigos, por supuesto hechos ante el escribano que documentaba lo que se decía, podía tener un conocimiento más auténtico y menos desviado del contenido de las declaraciones y respuestas y valorar mejor las pruebas, y en consecuencia emitir un fallo más correcto que si sólo contaba con los que se decía en las actas de las pruebas para tomar su decisión: Si las leyes reales exigían que fuese el propio juez conocedor del asunto el que examinase a los testigos, era porque los legisladores ya conocían los inconvenientes de la falta de presencia y pretendían con ello paliar los resultados lesivos de una falta de conocimiento directo del juez, sobre todo en los asuntos difíciles, consiguiendo así un mejor conocimiento del contenido del pleito.

Por el contrario, en el resto de los asuntos, aquellos en los que no se puede producir algún perjuicio a las partes con su resultado o cuyo contenido no es de trascendencia e importancia, si puede ser el escribano o un receptor el que reciba declaración a los testigos.⁴⁶⁰ Lo importante a destacar de este planteamiento no está en lo diferenciado de las dos situaciones, sino que se debe considerar como norma general la posibilidad de que las declaraciones de los testigos se hagan ante persona distinta de la que ha de fallar la causa, mientras que es norma especial el que sea el juez que conoce del asunto el que reciba personalmente las declaraciones de los testigos cuando la importancia del asunto así lo requiera. La creación y el origen de este sistema puede estar en el Derecho Canónico, en el que se establece la posibilidad de que el juez delegase en otros oficiales para la ejecución de esta prueba,⁴⁶¹ como una manera de garantizar la inmediatez,

⁴⁶⁰ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 87.

⁴⁶¹ MALDONADO FERNÁNDEZ DEL TORCO, Líneas de influencia canónica en la historia del proceso español. pág. 476.

ya que no es lo mismo que las declaraciones sean tomadas por el escribano en solitario sin que medie delegación del juez actuando solo como actuario, que cuando esta delegación está presente, pues en estos casos actuaría el escribano con autonomía jurisdiccional y por lo tanto con inmediatez. Podía ser incluso la parte interesada en el examen de los testigos solicitar del juez que otorgase esta comisión al escribano explicando los motivos, argumentando que tiene que presentar a los testigos, que están enfermos o están ocupados en sus haciendas, y "al tiempo que lo traigo no se pude juntar con V:M: el escribano de esta causa", por ello se pide que el juez mande dar comisión al escribano de la causa para que ante él los testigos que se presenten juren y se examinen.⁴⁶² En los casos en los que deba ser el juez del asunto el que reciba la declaración de los testigos propuestos, si estos no pueden comparecer espontáneamente a prestar las declaraciones, deberá ser el propio juez el que se desplace hasta el lugar en el que se encuentran los testigos. Y aquellos en los que los testigos se trasladen al lugar en el que se encuentra el juez, y en los demás en los que se les originen gastos o perdiesen intereses por el tiempo que emplean en ir a declarar y volver a sus lugares de origen, deberá ser la parte que los presentó la que les cubra los desplazamientos y les indemnice por los perjuicios que ir a declarar les suponga.⁴⁶³ En principio están obligados los testigos a acudir ante el juez cuando éste así lo acuerde, salvo en los casos recogidos en una ley de Partidas que enumera las personas que no están obligadas a comparecer a declarar ante el Juez: caballeros, obispos, personas ocupadas en el servicio del Rey, enfermos graves y mujeres honradas.⁴⁶⁴ No se refiere expresamente esta ley a las personas que tienen su residencia en lugar distinto del que se encuentra la sede del órgano judicial, sino que

⁴⁶² MUÑOZ, *Práctica de Procuradores*. fol. 23.

⁴⁶³ GÓMEZ NEGRO, *Ob. Cit.* Pág. 104.

⁴⁶⁴ P.P. 35.16.3.

establece los motivos de excusa con carácter general, lo que ocurre es que la doctrina los aplica especialmente a los casos de alejamiento geográfico entre juez y testigos; si se diesen estos casos y el pleito fuese importante y la declaración de estos testigos se considerase determinante par el fallo, debe ir el juez al lugar en donde estuviesen y recibir las declaraciones y hacerlas escribir,⁴⁶⁵ aunque si la causa no fuese de importancia podrá el juez mandar el escribano para que tome las declaraciones, reiterándose así el criterio de que en los pleitos que no son de importancia podrán los testigos ser examinados por el escribano o persona que el juez comisione para hacer la prueba.

Hasta aquí nos hemos situado en el plano de la legislación y de la doctrina práctica que se suponía en ella basada, pero existía un gran bloque de **actividad probatoria que en la práctica se hacia realmente por los escribanos, sin que existiese delegación o encargo formal de hacerlo así por parte de los jueces o de las audiencias.** El que en el práctica eran los escribanos los oficiales que hacían las pruebas encomendadas a los jueces por dejación de estos, era una realidad conocida y admitida por todos aquellos que participaban profesionalmente en el proceso. El origen de esta actividad viciada y viciosa estaba sin duda en el gran volumen de pruebas de testigos que debían hacer los jueces, lo que originó el desentendimiento de su práctica directa, [...] quedando relegadas a los escribanos, a los auxiliares de éstos, o a un otro personal no judicial de los tribunales.⁴⁶⁶ Pese a lo legislado y ordenado en esta materia,⁴⁶⁷ y teniendo en cuenta los consejos de los teóricos en cuanto a la necesidad de que las pruebas fuesen tomadas directamente por los jueces y de los prácticos dando consejos a los escribanos de como deben

⁴⁶⁵ Ibidem.

⁴⁶⁶ ROLDAN VERDEJO, Los jueces de la Monarquía Absoluta, pág. 278.

⁴⁶⁷ Sobre la falta de inmediación en la práctica, ver la obra citada de ROLDAN VERDEJO en la que se recoge no solo legislación, sino también Ordenanzas de Chancillerías y Audiencias.

hacer la prueba de testigos, es fácil conjeturar que las pruebas se hacían por los escribanos o por sus auxiliares, aunque luego se ratificasen ante el propio juez de la causa. Desde luego, la falsedad documental en la que se incurría hace imposible deducir de la práctica de los pleitos como , cuanto y de que manera eran los escribanos los que tomaban las declaraciones de los testigos.

En este punto hay que hacer especial mención a la figura de los **Acompañados**. Los acompañados son una creación de la práctica insertados en el sistema de oficios de justicia, que encuentra su justificación en la propia mecánica de comisionados receptores, y en la facultad que tiene la parte de acudir a la citación para presenciar las juras de los testigos. Aunque en los pleitos aparecen los acompañados como Escribanos que junto al receptor hacen la prueba por designación de la parte, su origen es posible que estuviese en el sistema de recusaciones tanto de jueces en comisión como de los escribanos. En **Las Partidas**⁴⁶⁸ se regula la posibilidad de que si el juez comisionado fuese tenido por sospechoso, es decir, fuese recusado, podría designar a una persona que le acompañase a fallar y decidir para estar libre de esta sospecha. Esta norma está confirmada por la ley única del título 5 del **Ordenamiento de Alcalá**, mandada guardar en las Cortes de Madrid de 1534⁴⁶⁹, y da entrada a la figura del acompañado cuando en la ley se dice que *tome el juez por compañero a un hombre bueno para que libren el pleito ambos y dos de consuno*. En estos casos es el juez, se entiende en comisión y que por interpretación extensiva será también el receptor, el que nombre su acompañado; estos nombramientos los hará el juez por auto, una vez que se haya hecho constar la recusación hecha por alguna de las partes, y en el mismo auto, se mandará que el acompañado jure y **se junte para la probanza**, tomándole el

⁴⁶⁸ P.P. 22.4.3.

⁴⁶⁹ N.R. 1.16.4.

propio juez el juramento de que guardará el oficio de acompañado con fidelidad y guardará secreto.⁴⁷⁰ Desde ahí, y sin que se diese la circunstancia de la recusación o sospecha, las partes tenían la facultad de nombrar ellas mismas a un acompañado para hacer la prueba, que si trasladan aquí los criterios de sospecha que parecen estar en el origen de la justificación de los acompañados, se harían por sospecha de la actuación del comisionado o receptor.

En cualquier caso, la citación a la parte contraria le posibilita, no sólo acudir ella misma al acto del juramento de los testigos, sino también enviar a *persona que los conozca y los vea juramentar*.⁴⁷¹ En el ejercicio de esta facultad, las propias partes o sus procuradores pueden designar a una persona que "**acompañe**" al comisionado o receptor a hacer las pruebas. Su justificación real y última es la misma que da origen a la existencia de receptores de las pruebas o de comisionados para hacer diligencias: la imposibilidad de acudir a lugar o lugares que resultan alejados de la residencia habitual de cualquiera de las personas que son parte en el pleito. Si el juez ha de desplazar a un oficial para que haga la prueba o diligencias en general fuera de su demarcación, o aún dentro de su demarcación, lejos de su sede, la parte utiliza la misma fórmula para asistir a la práctica de la prueba: designa a una persona que le representa, y que por acompañar al receptor o al comisionado, se le da el nombre de acompañado, que va unido a veces al de escribano aunque no se trataba propiamente de un escribano, sino que se le daba esta cualidad por el que acompañaba al escribano comisionado para hacer las pruebas. Este sistema, sin apoyatura normativa, era considerado a finales de la época moderna como **ineficaz y desacreditado** y fue abolido con la Ley de Enjuiciamiento Civil.⁴⁷²

⁴⁷⁰ GONZÁLEZ DE TORNEO, Ob. Cit. fol. 10.

⁴⁷¹ ORTIZ DE ZÚÑIGA, Ob. Cit. Pág. 47.

⁴⁷² ALCUBILLA, Diccionario de la Administración Española, voz "acompañado".

En la práctica era muy frecuente encontrarse con nombramientos de escribanos acompañados, pero para mejor conocer la mecánica haremos un seguimiento en una Carta Receptoria de prueba librada por la Chancillería de Valladolid en el pleito por caso de corte que se ha utilizado en otras ocasiones, y en el que tanto la demandante, viuda, como el demandado, su hijo residen en Zamora.⁴⁷³ En el documento expedido por la Chancillería como Receptoria, y dentro de las instrucciones que se dan a las justicias, se dice que antes de dar comienzo a la probanza, deberá estar citada la parte demandada (el hijo), para que si quiere dentro del segundo día nombre su escribano acompañado; a continuación se transcribe completo el párrafo, que es muy similar en todos estos documentos, y que es un dechado paradigmático de perífrasis redundantes:

"que se junte con el por Vos nombrado para que por ante ambos a dos pase y se haga la dicha probanza, y no le nombrando dentro del citado término, mandamos pase y se haga por ante el solo por Vos nombrado, la cual valga y haga tanta fe y prueba como si por ante ambos pasara y se hiciera, los cuales sean del Número de la tal citada ciudad, villa o lugar donde la dicha probanza se hubiere de hacer, y a falta de ellos, de los que con Vos asisten a librar en vuestras audiencias y juzgados"

Se puede ver como el oficio de escribano se había perfeccionado para poder abundar en lo mismo con reiteración y exceso. Pues bien, a continuación se cita a la parte que presenta el documento, y hace la manifestación formal de admitir que si a la otra parte quiere nombrar escribano acompañado, al que nombre se le tendrá por nombrado y al que recuse por recusado. Una vez que la carta receptoria es notificada al Alcalde Mayor de Zamora, y de nuevo a ambas partes, el demandado, que es la parte contraria a la que ha pedido la prueba, en la que después de explicar el objeto del pleito y la situación en la que se encuentra (explicación siempre

⁴⁷³ CHAN. VALL. P.A. 2987-2.

superflua y reiterativa que lo único que suponía era un mayor volumen de escritura), dice, que se le ha notificado la receptoría

"y según en la misma se previene, y usando mi parte de las facultades que por dicha Real Provisión se le conceden [...] nombra por Escribano acompañado de Juan González Serrano nombrado por Vd. a José Rodríguez Crespo, escribano también de este numero. A Vd. pido y suplico se sirva tenerle por nombrado, y mandar que no siendo por ante el Escribano nombrado por mi parte y con su precisa asistencia no se proceda al examen de los testigos nombrados"

A esta petición se accede por decreto, y una vez comenzado el examen de los testigos, en el acta de la probanza consta que se hace *ante nos los escribanos, actuario y acompañado*, es decir presentes los dos Escribanos. El motivo o finalidad principal por el que asisten estos acompañados es el de hacer posible la tacha de los testigos en el caso de ser necesaria, de ahí que su presencia se entienda y justifique como una garantía de objetividad de los testigos aportados como prueba. Esta forma puede variar, como ocurre con otro pleito, también por caso de corte entre una viuda y los hijos de su marido.⁴⁷⁴ En este caso, la demandante apodera a procurador para que asista a la prueba de testigos que se celebrará en Bemibre; el procurador comparece ante el juez Comisionado y presenta, con el poder, una petición por la que solicita se admita como escribano acompañado a un escribano del número de Ponferrada; por Decreto se admite al propuesto como acompañado, al que a continuación, "in continenti" se le notifica el nombramiento que lo acepta jurando ante el Juez comisionado hacer bien y fielmente el oficio para el que es nombrado. Igual que en el ejemplo anterior, al comenzar a examinar a los testigos, el juez comisionado, que no es otro que el Corregidor de Bemibre, toma juramento a los

⁴⁷⁴ CHA. VALLA. P.A. 3558-1

testigos, ante el **escribano originario y el comisionado** que están presentes en el momento de la prueba. La exigencia del juramento y aceptación del cargo no parecía necesaria, y no se hacía siempre, ya que este requisito formal es más propio de aquellas circunstancias en las que una persona ajena al pleito es llamada para aportar datos específicos, tales como los peritos o los intérpretes; pero al acompañado no se le pide más aportación que la de su presencia, además, el hecho de que el cargo recaiga con frecuencia en escribanos del número, hace pensar que por la propia cualidad de su oficio no necesita jurar el fiel cumplimiento de su cometido. Finalmente, la función de estos oficiales en las pruebas, no era otra que la de garantizar su correcta llevanza por el juez y el escribano ante los que se hacían, pero sobre todo su presencia estaba dirigida a la posibilidad de poder presentar las tachas que considerasen necesarias a los testigos que presentase la parte contraria a la que representaba.

8.5. El juramento como requisito previo al examen de los testigos.

Al relacionar y estudiar los requisitos que se exigen a una persona para que sea válida su declaración como testigo ya hemos visto que el juramento previo y hecho ante el juez o receptor es una de las exigencias formales que se plantean como ineludibles en las dos pruebas subjetivas principales, la confesión y los testigos. El juramento en sí, solo una fórmula utilizada con gran profusión en todo el ámbito del proceso antes de la codificación, e incluso después de esta etapa, no varía si es prestado por la parte, el confesante o un testigo; ahora bien, conviene tener en cuenta las especificidades dentro de la prueba de testigos. Pues ningún testigo debe ser interrogado sin jurar, y lo dicho y declarado en esta circunstancia no tiene valor;⁴⁷⁵ pues debe el

⁴⁷⁵ P.P. 23.16.3

juez recibir su juramento antes que su testimonio,⁴⁷⁶ para que sea válido lo dicho en la prueba.

Se trata de que los testigos juren **que dirán la verdad delante de la otra parte** como un paso previo a la declaración que no hace sino darle la garantía de veracidad y por lo tanto de validez.

De todas formas, a esta exigencia ineludible parece que puede haber alguna excepción; en primer lugar, están excusados de jurar los testigos cuando ambas partes consienten en ello, pues se admite su probidad, o cuando se toma declaración a alguna mujer para que atestigüe sobre si alguna otra está embarazada o no, siendo válidos estos dichos sin el juramento.⁴⁷⁷ En la misma

ley de **Las Partidas** mencionada se hace referencia a la necesidad del **señalamiento** para el juramento, señalamiento que se ha de notificar a las partes para que estén presentes si así lo desean, sin que pueda suspenderse en caso de que no compareciesen.⁴⁷⁸ Este señalamiento, que

no es otra cosa que la fijación procesal de un momento para la realización de determinados actos, puede incluso ser solicitado por la propia parte, en el momento en el que se le notifica el auto de admisión del interrogatorio, pidiendo que se señale día y hora para ver juramentar a los testigos

que la otra parte presente, o bien exigiendo que el propio juez los juramente y examine por su persona, en cuyo acto quiere hallarse presente. Si el escribano hace constar estas manifestaciones

en la diligencia de notificación, es el propio escribano de la probanza el que hará el señalamiento,

incluso en el mismo acto anterior, diciendo a que horas de la mañana o de la tarde pueden ser

presentados los testigos en el oficio del escribano que corresponda o en la audiencia del juez:

indudablemente, este señalamiento hay que notificárselo a la parte que pretende hacer la prueba

para que acuda eficazmente a estar presente en las interrogaciones de los testigos. Este momento

⁴⁷⁶ Ibidem.

⁴⁷⁷ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 87.

P.P. Ibidem.

GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 104

⁴⁷⁸ SALA, Ob. Cit. Pág 202

del juramento previo con la presencia da la parte contraria tenía la finalidad de evitar que pudiesen intervenir en el juicio testigos falsos o rechazables, por lo que estaba facultada la parte para presentar tachas contra los testigos de la contraria.⁴⁷⁹ Así planteado el acto de jurar adquiere su propia entidad procesal, como una actuación previa a la prueba en sí y específica en cuanto a su contenido; de ahí que el acto de juramentar a los testigos pudiese estar constituido por la jura de todas aquellas personas que la parte pretenda presentar como testigo, aunque luego prescinda de alguno y no se interrogue a la totalidad de los presentados y juramentados *porque no hay ninguna ley que lo prohíba, ni de ello resulta el más leve daño al que los presenta ni a su contrario*.⁴⁸⁰ En la práctica lo normal era que se confundiesen los dos actos, el de jurar y el de contestar a las preguntas, tomándose el juramento una vez que el testigo comparece a declarar y con carácter previo a la formulación de las preguntas. Pero también podía ocurrir, que una vez juramentados los testigos que se presentan por las partes, no se pueda recibir en ese momento la declaración a todos, pudiéndose posponer en este casosu examen,⁴⁸¹ y para que el juramento tenga efecto hasta ese momento se debe por el escribano hacer constar en los autos que el testigo ha jurado dentro de tiempo hábil, firmando si es que sabe hacerlo, y en el momento de hacerle las preguntas, al comenzar la declaración, hacer constar que la hace en virtud del juramento prestado en su día, que en ese momento reitera.⁴⁸²

" Pareció por testigo Francisco Alvarez, vecino de San Estaban del Toral de esta jurisdicción, al cual Su Merced por ante nos los escribanos, tomó juramento por Dios Nuestro Señor y una señal de

⁴⁷⁹ MARÍA PAZ ALONSO, Ob. Cit. Pág. 240.

⁴⁸⁰ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 141.

⁴⁸¹ Esta demora en la declaración puede ser a solicitud de la persona llamada a testificar, para poder comprobar determinados datos para responder así con mayor exactitud. TAPIA, Ob. Cit. Pág. 149.

⁴⁸² Ibidem.

la Cruz en forma, como se requiere, bajo de él prometió decir verdad, y siendo preguntado a tenor del interrogatorio de preguntas.[...] ⁴⁸³

Se hacen por lo tanto simultáneamente jura y declaración, según van compareciendo los testigos de uno en uno, y no conjuntamente como un acto exclusivo de jurar antes de que el juez les reciba las declaraciones. Aunque si esto ocurre, en el acta sólo se recogerá completo el primer juramento que se haga, pues en los demás basta decir que fue recibido juramento en forma; esta fórmula abreviada, podía estar siendo utilizada en las audiencias, y parece que tenía el sentido de simplificar las actas de prueba, pues aunque el juramento materialmente se hubiese tomado con anterioridad al comienzo de las preguntas, se hace constar precisamente en este momento. ⁴⁸⁴

En cuanto a la forma de hacer el juramento, no hay que olvidar que en esencia es eso, una fórmula destinada a hacer creíble lo que a continuación se dirá. En la práctica se hacía de forma muy abreviada y simple y sin variaciones de un lugar a otro y de un pleito a otro. No deja de ser una dato a tener en cuenta en lo que se refiere a la exigencia y valor que el juramento tenía en la práctica, el hecho de que la mayoría de los autores, desde luego los más prácticos y menos teóricos, incluyen en sus obras las fórmulas para jurar, con pocas variaciones en cuanto a lo esencial, que es el decir verdad de lo que supiese en razón del pleito sobre el que es preguntado, no interviniendo falsedad, ni por amor u odio, miedo o daño, dejará de decir la verdad de lo que sabe ni todo lo que sabe sobre el pleito. Otra obligación más se impone a la persona que jura, y es la de no describir a ninguna de las partes lo que dijo, hasta que no se hayan publicado las pruebas, ⁴⁸⁵ pues de este modo se evita la corrupción y soborno de otros testigos, ya que las

⁴⁸³ CHAN. VALL. P.A. 3558-1.

⁴⁸⁴ CARVAJAL, Bartolomé. Instrucción y memorial para Escribanos y jueces ejecutores [...]

⁴⁸⁵ P.P. 24.16.3.

respuestas que se excedan a la pregunta no serán conocidas de otros testigos que han de responder con posterioridad.⁴⁸⁶ Aunque en la fórmula que se contiene en esta ley se dice que el testigo ha de poner las manos sobre los santos Evangelios y otras cosas, no se observaba esta práctica y en vez de ello se juraba sobre la cruz.⁴⁸⁷

Por último, hay que tener en cuenta respecto del juramento de los testigos determinadas observaciones que derivan exclusivamente de la práctica en la prueba testifical. Si el testigo juraba que contestaría con verdad a todo aquello que se le preguntase, estaba limitando la garantía del juramento al contenido exclusivo de la pregunta, sin que pudiese excederse de sus límites, pues si, al contestar añadía hechos o circunstancias que conocía pero sobre las que no era preguntado, podía cualquiera de las partes **impugnar lo declarado** argumentando haberse excedido de los particulares contenidos en las preguntas y no haber juramentado este exceso en sus respuestas. Para evitar que esto ocurriese, debería el escribano o el juez, al recibir el juramento de los testigos, pedirles que lo hiciesen *diciendo cuanto supiesen y sea concerniente a los hechos de aquel pleito por ambas partes, aunque sobre ello no sea preguntado*.⁴⁸⁸ Con esta nueva fórmula procesal se juraba **a priori** que será cierto todo lo que contesten y digan al ser preguntados, aunque no esté contenido en las preguntas, pues si se tiene que ceñir el testigo en su respuesta a la literalidad de lo que la pregunta contiene, puede estar faltando a la verdad de parte de los hechos, con lo que su respuesta estaría viciada por contener un error.

8.6. El examen de los testigos ante el juez o receptor de la prueba.

⁴⁸⁶ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 140.

⁴⁸⁷ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 140.

⁴⁸⁸ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 140.

Una vez que se les ha recibido el juramento a los testigos, se comenzará a hacerles las preguntas del interrogatorio, *separadamente y por cada pregunta o "artículo" del interrogatorio en particular, anotando su respuesta, y razón que diere por vista, oída, ciencia o creencia si de ella fuese preguntado; esta declaración se debe leer a los testigos para que la confirmen.*⁴⁸⁹ De esta narración de como se ha de desarrollar las declaraciones de los testigos en un pleito, se puede deducir los aspectos fundamentales a tener en cuenta:

1º.- los testigos tienen que ser examinados separadamente.

2º.- para el interrogatorio se tiene que seguir el pliego de preguntas presentado.

3º.- lo dicho por los testigos debe estar documentado en un acta.

4º.- una vez hecha la declaración y su correspondiente documentación, se le debe leer al testigo para que ratifique el contenido del acta.

Pero antes de pasar a desarrollar estos cuatro aspectos del hacer de la prueba de testigos, considero fundamental las consideraciones y recomendaciones que los prácticos hacen a los escribanos en cuanto a la forma de hacer una prueba de testigos.⁴⁹⁰ Partiendo de la circunstancia de que son estos oficiales los que en la mayoría de los casos examinan a los testigos, se considera como la **actividad más importante del ejercicio del oficio de escribano**, ya que los pleitos se fallan en base a la prueba testifical, por lo que deben poner todo su estudio y explicación en esta materia.⁴⁹¹ Los autores prácticos que gustan de dar consejos en sus manuales insisten en la

⁴⁸⁹ JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pág. 300.

⁴⁹⁰ Estos consejos dirigidos a los escribanos y demás oficiales de justicia en cuanto a la necesidad de actuar correctamente en la toma de declaraciones a los testigos, no sólo se hace teniendo en cuenta los casos en los que el escribano actúa por comisión o delegación de otro juez, sino que no podemos olvidar lo dicho anteriormente sobre la realidad de las pruebas y su práctica por los escribanos y sus auxiliares, sin que existiese un mandato procesal para ello, sino simplemente por la dejación que los jueces hacían de esta función y obligación de inmediatez.

⁴⁹¹ JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pág. 33. Continúa diciendo el autor, que deberán *suplicar a Dios nuestro Señor los alumbres y ayude para que sin pasión, odio ni amor particular procedan, mayormente en quitar vidas, honras y haciendas; pues estando sin pasión el entendimiento, ayuda Dios a los que desean acertar; y de otra manera se ofusca y sujeta a cualquier color de justificación, para proceder errando.*

trascendencia del hecho del examen de los testigos por el escribano.

“Es cosa cierta que lo mejor y principal del oficio [de
escribano]
es saber examinar un testigo, y la mayor parte de la justicia de
las partes va en ello, porque por las provanzas se determinan los
pleitos, a lo menos todos los que consisten en provanzas. Y como
por la mayor parte los escribanos y no los jueces (sino raras veces)
examinan los testigos, ay gran necesidad que en esto sean
especiales
hombres, y busquen todos los avisos del mundo que pudieren

Si los pleitos se suelen fallar en base a lo que se prueba, y si los hechos se prueban fundamentalmente por testigos, es de trascendencia aquello que los testigos respondan a las preguntas que les formule la parte que los propone; y si el fallo ha de emitirlo el juez en base a lo que se encuentra documentado en las actuaciones, se puede valorar la trascendencia de lo que se haga al interrogar a los testigos y lo que en consecuencia se recoja en el acta. Si además, se tiene en cuenta que los escribanos actuaban como comisionados del juez de la causa, la trascendencia de su actuación en este tipo de prueba radica en dos aspectos fundamentales: actúan como juez y como escribano, es decir, en su forma y arte de dirigir las preguntas a los testigos, y en su oficio documentador, está el resultado final de esta trascendente actuación en el proceso de la que en la mayor parte de las ocasiones depende el resultado final de pleito. Así lo entienden los autores prácticos, como se puede ver en el mensaje que dirige TAPIA a los escribanos:

"la habilidad y la destreza del escribano en los pleitos consiste en saber examinar los testigos, a fin de no perjudicar a los litigantes, mayormente cuando su prueba se afianza en sus dichos; en cuyo acto, como que ejerce oficio de juez en virtud de la comisión que este le confiere, no debe llevar otra mira ni objeto que el de investigar y aclarar la verdad, sin pasión por ninguna ni otra parte. A este efecto debe enterarse del espíritu de las preguntas, del modo con que están concebidas, y del fin al que se dirigen, para explicarlo a los testigos, y evitar que tal vez declaren con error o

falsedad, sin saber lo que deponen, por no enterarse bien, y entender al revés la pregunta, como suele suceder, y hasta que evacuen, no les ha de leer ni examinar por la siguiente, sino cada una con separación: lo mismo ha de practicar con la parte, cuando se la pide que jure posiciones al tenor de los diversos capítulos"⁴⁹²

Se puede deducir el gran valor que se daba al acto de interrogar a los testigos por la gran trascendencia que se otorgaba a su resultado, de ahí que se hiciese necesario un control de la forma en la que los comisionados y los jueces interrogaban a los testigos, mediante consejos para evitar *la mucha ignorancia y condescendencia perjudicialísima*⁴⁹³ que podía suponer para las partes y para el resultado de la contienda un examen incorrecto de los testigos.

En primer lugar deberán ser examinados los testigos en la sede del órgano jurisdiccional, salvo las excepciones de traslado del juez al domicilio del declarante por enfermedad o por circunstancias personales especiales;⁴⁹⁴ ahora bien, la sede para la práctica de las pruebas es distinta según quien sea el oficial que hace las preguntas. En los casos en los que el propio juez de la causa, tomará declaración a los testigos en el lugar en el que físicamente tenga la sede el órgano al que pertenezca, o bien en su propia casa, que era el lugar en el que despachaba con el escribano y veía los autos. Incluso se podía señalar un lugar para la audiencia que no coincidía ni con la casa del juez ni con la sede del órgano, sede que en la mayoría de los casos se situaba en el lugar que el Concejo cedía para estos fines, por causas de espacio, o simplemente por imposibilidad de hacer la prueba en otro lugar del pueblo, se podía habilitar una casa particular para hacer las pruebas. En estos casos se ponía por diligencia o fe del escribano en los autos haciendo constar *haberse dado principio a la prueba mandada extender en este día*

⁴⁹² TAPIA, Ob. Cit. Pág. 146.

⁴⁹³ Ibidem.

⁴⁹⁴ JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pág. 32.

en la casa auditorio de Juana Airanoba, vecina de esta villa.⁴⁹⁵ Pero si era un escribano el que actuaba como juez comisionado o receptor de las pruebas, debería recibir a los testigos en el lugar en el que estuviese situado su "oficio" si era el escribano de número, y si se trataba de un oficial de tribunal enviado como receptor, solicitaría de las justicias del lugar que se le habilitase una sede, que no siempre coincidía con la casa del juez o el oficio del escribano, pudiéndose tratar de un lugar público o una casa privada como ya se ha visto.

En segundo lugar cada testigo debía ser examinado secreta y separadamente de los demás sin que estos, las partes u otra persona le vean declarar, ni sepan lo que respondió ni lo que se le preguntó hasta que se haga la publicación de las pruebas.⁴⁹⁶ La incomunicación de los testigos siempre se vió como una garantía de veracidad en las declaraciones y de no influencia por conocimiento de las preguntas y las respuestas. De ahí la exigencia que no sólo era de la práctica, sino que tenía su refrendo legal. Ninguna de las partes podría saber lo que los otros testigos dijeron,⁴⁹⁷ pues podían hacer llegar su conocimiento al resto de los testigos antes de que fuesen interrogados; a los que ya se había interrogado, debía el receptor y el juez encargar al testigo que no declare ni diga cosa alguna de lo que se le había preguntado, ni de su respuesta hasta que se haga la publicación de la prueba.⁴⁹⁸ Es por lo tanto el examen por separado de los testigos una manera de evitar influir a los demás testigos que se le ha de tomar declaración; y este examen por separado incluye la necesidad de que los testigos no se comuniquen entre sí mientras duren los

⁴⁹⁵ CHAN. VALL. P.A. 3558-1.

⁴⁹⁶ ORTIZ DE ZÚÑIGA, Ob. Cit. Pág. 46.
TAPIA, Ob. Cit. Pág. 150.
GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 104.
JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pág. 30.

⁴⁹⁷ P.P. 27.16.3.

⁴⁹⁸ N.R. 8.6.4.

interrogatorios, siendo la forma más sensata la de que los testigos esperen a las puertas de la sede, y una vez que han declarado no pueden salir de esta hasta que no se concluya la prueba, pues el juez debe apartar a los testigos de manera que ningún otro le oiga lo que diga.⁴⁹⁹

En tercer lugar los testigos debe ser examinados conforme al interrogatorio de preguntas y poniendo el escribano un especial cuidado y atención. Al hablar del interrogatorio de preguntas ya se ha explicado cómo se forma y que requisitos ha de reunir para que sea válido, ahora sólo hay que mencionar la obligación que tiene el oficial de justicia que recibe la prueba en observar el orden de las preguntas, y por supuesto su contenido. Así, una vez recibido el juramento, se le deberá preguntar por la primera pregunta del interrogatorio que es la del conocimiento de las partes y de la noticia de la cosa sobre la que se funde el pleito; a continuación se le preguntará sobre la llamadas **generales de la ley**, es decir, la edad que tiene el testigo, si es pariente de alguna de las partes y si lo fuere en que grado de consanguineidad o afinidad; si es amigo o enemigo, o si ha sido sobornado, rogado o inducido por halagos, temores, promesas o dádivas para que no diga la verdad, o si bien tiene interés en que alguna de las partes venza en el pleito sobre la otra; no se debe hacer constar en el acta todo el contenido de las preguntas generales, sino sólo la referencia a que se le hacen al testigo este tipo de preguntas.⁵⁰⁰ Desde ese momento, han de comenzar las preguntas que se refieren al hecho del negocio, siendo la primera de éstas en la que se articula el objeto principal del pleito y la causa fundamental por la que se pide. En cuanto a la forma de estar redactadas estas preguntas para que el juez o el escribano se las lean al testigo, **Bartolomé Carvajal** nos hace una curiosa observación sobre su redacción al explicar

⁴⁹⁹ SALA, Ob. Cit. Pág. 203.

⁵⁰⁰ BARTOLOMÉ CARVAJAL aclara que estas preguntas del interrogatorio, si se hacen constar en el acta completas y duplicadas, suponen un perjuicio para las partes, pues sobre todo en los pleitos de Chancillerías y Audiencias que llevan vista, pues "a secretarios, relatores y demás oficiales de justicia se les paga más como tenga el proceso más volumen. CARVAJAL, B. Ob. Cit. folio 3.

que las preguntas contienen varios extremos, poniendo al principio dos o tres artículos, los más difíciles de probar, y acabando la pregunta con otro artículo notorio y muy probable, ya que terminada de leer la pregunta al testigos lo que permanece en la memoria inmediata son las últimas razones, a las que contesta, pero que en realidad su respuesta afecta a los aspectos anteriores o primeros de la pregunta. De esta práctica nos dice el autor que resultan graves inconvenientes para las partes, como si el juez no se da cuenta en el momento de ver el pleito, da por probado todo el contenido de la pregunta, o bien el testigo al no entender la pregunta y responder inadecuadamente, está faltando a su juramento de responder a la verdad, pues la pregunta contiene otras razones que da por ciertas sin serlo.⁵⁰¹ Añadido a esta circunstancia está la realidad que se producía con frecuencia como era el hecho claro de que los testigos *mienten a rostro firme* ya sea por odio, pasión o soborno, o bien encubren y velan los hechos de tal manera que los desfiguran, sin tener en cuenta, no sólo su juramento sino también el grave daño que causan y del que son responsables; es por ello, que para evitar todos estos inconvenientes, la ley por un lado, pero sobre todo la práctica de hacer la pruebas fue creando un método de interrogar a los testigos que intentaba evitar el equivoco, las disfunción, el error, e incluso la mentira o la falsedad, circunstancia esta última más difícil de evitar por los miembros de la justicia que intervenían en la elaboración de las pruebas, pues era puramente subjetiva y dependiente únicamente de la voluntad del testigo de faltar a la verdad o falsear algunos de sus aspectos, sin que las cautelas pudiesen evitar que esta realidad se produjese.

Al llegar a este punto hay que entrar en los **consejos que se dan a los escribanos para la forma de recibir las pruebas**. Está claro que se les está atribuyendo una gran responsabilidad, que es la de llegar hasta el testigo con la pregunta haciéndosela comprender, y a continuación

⁵⁰¹ Ibidem.

comprender su respuesta con las aclaraciones necesarias, pues sólo así puede quedar garantizada la veracidad, autenticidad y eficacia de la prueba de testigos, en un sistema procesal en el que por ley pocas veces es el mismo juez del pleito el que interroga a los testigos, y por práctica viciada y disfuncional de los escribanos, jueces y oficiales de justicia, se asumen por personas distintas a las que han de poner la sentencias los cometidos de interrogar correctamente a los testigos, que las partes hayan propuesto como medio de probar sus pretensiones. Para que esta actuación sea correcta, deberá el escribano *desmimbrar* la pregunta para ver cuantos apartados tiene, separándolos de tal manera que quede satisfecho de como lo entiende; y ha de hacer entender al testigo cada artículo de los que en cada pregunta hay, leyéndole el primer artículo de cada una de las preguntas, y una vez hecho entender, el testigo ha de responder lo que sabe a este punto, incluyendo la razón de cómo y por qué lo sabe. Y una vez enterado y satisfecho el escribano de la respuesta del testigo a este primer apartado, continuará por los demás que tuviere la pregunta, dando de cada uno su razón bastante, sin que se mezclen las fuentes del conocimiento en unas partes y otras de la pregunta.⁵⁰² Es más, una vez que se le haya instruído al testigo del contenido de cada pregunta y sus correspondientes apartados, *deberá el escribano mirarle atentamente a la cara como que le está leyendo y penetrando su corazón, oírle con agrado y mansedumbre, sin interrumpirle mientras hable, referirle lo que le responda, para que conozca que le entendió* haciéndole las preguntas necesarias para llegar a la verdad, mirándole todavía a la cara.⁵⁰³ Así lo explica la ley de PARTIDAS: desde que el testigo comience a hablar debe el juzgador escucharle mansamente y callar hasta que haya terminado, fijándose en la cara. Cuando termine de hablar el testigo deberá decirle el juez:” *ahora escúchame a mí pues quiero que oigas si entendí bien,*

⁵⁰² Ibidem.

⁵⁰³ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 147.

repitiéndole entonces lo que el testigo dijo".⁵⁰⁴ Este consejo/obligación que se impone al juez o al escribano no es gratuito, pues basa su necesidad en que en la cara del testigo, observándola correctamente, se puede saber si éste está o no mintiendo. Pero además de mirarle a la cara y de penetrar en su corazón, deberá el escribano que interroga hacer al testigo una serie de preguntas, que se pueden ver como complementarias y destinadas a fijar la respuesta de acuerdo con lo que se pregunta al testigo. Para que el examen del testigo sea correcto, se deberá tener en cuenta **diez circunstancias** que resumidas serían:

Auditus, visus, personae, scentia, causa, fama, locus, tempus, ac certum, credulitasque.

El desarrollo de estas máximas, supone preguntarle al testigo **si oyó** a los litigantes o a otra persona decir lo que está contestando, y en ese caso, cuando, en que lugar y nombre de la persona que lo dijo. Si el testigo **vió** lo que ocurrió, en que día, a que hora y en que lugar sucedió, y quienes estaban presentes en el caso de que se recuerde la concurrencia con otras personas. Se le debe preguntar si **conoce** a los litigantes, desde cuando, por que motivo, y por que sabe aquello sobre lo que declara. También se le debe preguntar si sabe cual fue la **causa** del **hecho litigioso** y de que el pleito se hubiese planteado: en el caso de que esté seguro de que es cierto lo que responde, deberá decir en que se basa su certidumbre, y si sólo lo creyese deberá decir el por qué de la falta de certeza. En cuanto a la fama de lo que conoce el testigo, se le deberá preguntar si existe la **fama pública** en el lugar, desde cuando empezó a divulgarse y si esta circunstancia es anterior o coetánea con el comienzo del pleito.⁵⁰⁵

Siguiendo en la línea de aconsejar a los escribanos la mejor y más correcta manera de

⁵⁰⁴ P.P. 26.16.3.

⁵⁰⁵ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 146. El autor en este punto se refiere a la **causa 37, libro 2 Decretal título 20 "de testibuse attestationibus"**
P.P. 29. 16. 3. in fine

hacer las preguntas a los testigos, en Chancillería se les recomendaba, que después de haberles hecho las llamadas preguntas generales, y siguiendo con las del interrogatorio, deberá cada una de estas preguntas dividirse en **cuatro partes**, preguntándoles **si saben, creen, vieron y oyeron decir**; si el testigo dice que lo sabe, en **primer lugar** se le preguntará cómo y de qué manera lo conoce; y si dice que lo vio ha de explicar **en segundo lugar** cómo y donde lo vio y quienes estaban presentes y en que tiempo ocurría; y si el testigo dice que lo cree, ha de expresar en **tercer lugar** en que basa su conocimiento ,diciendo **en cuarto lugar** a que personas oyó la información si esta procede de terceros.⁵⁰⁶

Si a todo lo anterior el testigo no contesta con suficiente credibilidad, dudando o contradiciéndose, será obligación del juez o del escribano el **intervenir** para que las respuestas se puedan aclarar o ser más exactas, no ateniéndose a lo estrictamente contestado por el testigo aunque de su respuesta se desprendan dudas para hacerla creíble. En estos casos, se le deberá relatar las contradicciones para que las aclare, o bien hacerle preguntas periféricas que consigan fijar mejor la respuesta, tales como que tiempo hacía, a que hora ocurrieron los hechos, o como estaban vestidos los presentes; todos estos son datos que pueden aportar circunstancias que contrastadas con las respuestas de los otros testigos hagan más auténtica la respuesta dada por el testigo, descubriendo la mentira y sabiendo si el testigo está o no sobornado. Ahora bien, para hacer esto, *el Escribano deberá desnudarse de toda pasión, y prescindir de consideraciones que influyen muchas veces en daño de las partes, faltando a su obligación.*⁵⁰⁷

Finalmente, en cuanto al arte de preguntar a los testigos y sus respuestas, el juez , el escribano o el receptor se pueden encontrar con una situación que no se encuadra ni en la

⁵⁰⁶ FERNÁNDEZ DE AYALA Y AULESTIA, Ob. Cit. Pág. 67.

⁵⁰⁷ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 147.

respuesta clara y llana ni en la que desvirtúa la verdad o directamente miente, y es cuando el testigo, a lo que se le pregunta dice no saber la respuesta; en este caso, se hará constar la contestación para que el juez, en el momento de examinar las pruebas para dictar sentencia tenga en cuenta que la pregunta no se le dejó de hacer correctamente al testigo, pero que a pesar de ello, dijo no saber la respuesta.⁵⁰⁸

En cuarto lugar, y una vez que el juez o el escribano han obtenido las respuestas más correctas de los testigos a cada una de la preguntas del pliego y a sus distintos apartados, les ha dicho lo que ha entendido por respuesta, deberá **documentarlo en los autos**, pues el juez debe estar asistido de escribano en el acto de las pruebas.⁵⁰⁹ Quizás sea en la práctica de estos actos procesales de prueba en los que adquiere mayor peso la labor documentadora que tenían encomendada los escribanos en el proceso. Si la escritura procesal confiere a los pleitos su materialidad, es decir, **los autos**, es precisamente en este momento en el que adquiere su auténtico valor de necesidad emergente para que lleguen al plano de la realidad procesal las actuaciones en las que en principio prevalece la oralidad sobre la escritura. Tanto en la confesión como en el examen de testigos es el escribano el encargado de dar forma a lo que se pregunta y a lo que se responde, y su gran trascendencia radica en que una vez hecha el acta de todo lo que allí se ha dicho, **este documento tiene el valor de ser la base sobre la que se ha de decidir el resultado del pleito**; de ahí que en los manuales para escribanos se incida insistentemente en la forma en la que se han de documentar estos actos procesales. Si los primeros escritos iniciales y sus posteriores alegaciones son la base del planteamiento de la litis, no cabe duda que la convicción del juzgador sobre su veracidad y realidad nace de cómo se prueben estas

⁵⁰⁸ BARTOLOMÉ CARVAJAL, Ob. Cit. fol. 4.

⁵⁰⁹ P.P. 26.16.3.

circunstancias allí contenidas; y se debe tener en cuenta que mientras en los escritos de las partes, son estas las que dicen y contradicen, en la documentación de la prueba es el escribano, como único oficial de justicia autorizado, el que construye la realidad documental sobre la que se basará el fallo, por lo se entiende el cuidado con el que ha de confeccionar el acta procesal. Pero aún hay más, de todo el desarrollo de la práctica de pruebas, se ha visto cómo podía ocurrir que era el propio escribano el que preguntaba y el que documentaba, situación que aunque en un principio puede parecer de mayor autenticidad, está haciendo que se confundan dos intervenciones funcionales muy distintas procesalmente hablando: la función de intermediación del juez y la de documentación del escribano. Ahora bien, esta confusión funcional no se transcendía a los autos, es decir, si era el escribano el que hacía las preguntas que le correspondía hacer al juez, en el acta de la prueba no aparecía este particular, sino que era el propio juez de la causa o el comisionado el que dirigía las preguntas al testigo y entendía las respuestas que éste daba. Y eran precisamente estas respuestas de los testigos el contenido de las actas de prueba, pues se recogía aquello que los testigos decían a las preguntas que únicamente se enumeraban según el orden que contenía en el pliego o interrogatorio de preguntas.

Finalmente, es importante tener en cuenta que si el interrogatorio de los testigos se hacía secretamente, las partes tenían acceso al resultado de esta prueba solamente cuando se les exponían las actas y su contenido, resultado que les era imprescindible para poder confeccionar las alegaciones finales o de bien probado.

De las normas en las que se regulan las actuaciones de los **receptores de pruebas** de Chancillería recoge la Recopilación varias de ellas dadas entre 1503 y 1534 en las que se reitera que los receptores *pongan a la letra los dichos de los testigos, sin mudar palabra ni aclararla, sino como lo dicen*, continúa la norma ordenando la forma en que deben ser escritos los

"registros" de las pruebas: sin abreviaturas, ni juntando la letra, dejando márgenes, y *no dándole a escribientes que lo alarguen y extiendan*.⁵¹⁰ Se refiere esta ley a dos aspectos de la documentación de la prueba. El primero afecta a la sustantividad de lo dicho y declarado por los testigos, pues deben los receptores recoger **a la letra** lo que los testigos han contestado sin cambios ni aclaraciones, y el segundo se refiere al aspecto formal de la escritura del acta que resumen una intención de **claridad** que en la práctica se veía lesionada con las abreviaturas judiciales y el descuadramiento de la página; es de gran importancia por su trascendencia que se prohíba encargar la escritura a terceros que puedan alargarla y extenderla; se ve en este mensaje la preocupación por evitar el vicio en el desarrollo del oficio de escribano y de sus ayudantes de alargar y aumentar lo que se escribe para así conseguir que crezca su fuente de ingresos. En general, esta ley, que como se ha dicho fue reiterada en varias ocasiones, es una imagen de lo que intentaba evitar y que en la práctica ocurría, como era que las actas de las respuestas de los testigos las extendían terceros que no conociendo bien cual debía ser su cometido, o simplemente su oficio, cambiaban lo que el testigo decía dando otro sentido a la prueba. Pero pese a lo que la ley real dispone, en cuanto a que las declaraciones de los testigos deben estar recogidas "a la letra" y no en abreviatura, escribiendo lo que dice el testigo sin hacer alteraciones ni aclaraciones a lo que ha dicho, la práctica que se venía observando era la de hacer la redacción en tercera persona, y más bien recogiendo la esencia de lo que ha dicho el testigo, que no su contestación literal.⁵¹¹ La práctica fue haciendo que los dichos de los testigos se pusiesen en términos claros, inteligibles y bien sonantes, sin que por supuesto se varíe el contenido esencial de la respuesta, consiguiéndose así que se entiendan mejor los hechos, pues en el caso de que el testigo no fuese

⁵¹⁰ N.R. 11.22.2.
No.R. 5.11.11.

⁵¹¹ ORTIZ DE ZÚÑIGA, Ob. Cit. Pág. 46.

instruido (*rústico*⁵¹²) puede ser que lo que contesta cree confusión en lugar de ser una verdadera declaración pues *cuesta muchísimo trabajo entender a algunos, y es menester casi adivinarlos, y repetirles muchas veces lo que dicen para que lo entiendan y vean que los entienden*.⁵¹³ Esta especie de traducción al lenguaje más común e inteligible de lo que pueda contestar un testigo a lo que se le pregunta, puede suponer un riesgo si los escribanos no actúan con corrección y prudencia, no alterando las voces que sean correctas para explicar la intención del testigo y colocarla en el plano jurídico, de ahí la desconfianza que desprendía esta práctica para los autores que consideraban mejor camino el cumplimiento estricto de la ley.⁵¹⁴ En realidad, lo que debía hacer un escribano era *escribir lo sustancial sin dejar de escribir lo necesario*, pues por tendencia a abreviar o por el contrario, a escribir más de lo necesario se pueden causar daños irreparables a las partes haciendo que la prueba resulte sospechosa para el juez y desconfiando de su autenticidad, o bien, si se ha escrito más de lo necesario, pueden los jueces sentirse confusos, sin que encuentren más justicia en lo abigarrado de los escritos.⁵¹⁵

La situación era divergente entre la legislación, la práctica y lo que pensaban los autores más

⁵¹² Cuando los testigos no eran personas con mínima instrucción, tales como pastores, labradores y otros oficios, se podía producir otro inconveniente en la práctica que también correspondía a los escribanos cuidar de que no afectase al resultado de la prueba. Se trataba de la utilización de voces latinas con frecuencia usadas por los letrados; en estos casos deberá el escribano receptor, hacérselo entender al testigo, y si el mismo no lo supiera traducir, pedirá ayuda a algún letrado o persona próxima para que colabore. En cualquier caso el vocablo en latín como aparece en el pliego se deberá hacer constar en el acta al margen de la pregunta. BARTOLOMÉ CARVAJAL, Ob. Cit. fol. 5.

⁵¹³ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 150.

⁵¹⁴ Ibidem. Remite el autor a Febrero en su comentario.

⁵¹⁵ BARTOLOMÉ CARVAJAL, Ob. Cit. fol. 4. Continúa el autor explicando que "por hacer el escribano muchas hojas y llevar él más derechos, dan causa que las partes se gasten y se hagan los pleitos inmortales; que la probanza se pudiera hacer en cien hojas hacen quinientas, y el relator y secretario llevan a ambas partes tres o cuatro veces más vista y derechos de lo que llevara si el receptor hiciera lo que debía. Los letrados llevan más que el doble por ver los pleitos y procesos, y también, lo que es peor es, que como hacen tanto volumen el pleito, que se podría ver en una audiencia y en menos, dan causa que duren tres o cuatro audiencias, y siempre se muda un juez a otra sala [...]. Y así son inacabables, y también dan ocasión a que se despachen el término de los pleitos que se pudieran despachar, y otros muchos inconvenientes que era mucho papel para referirlos, y aquí se puede decir porque la codicia es raíz de todos los males, pues la codicia de hacer el escribano receptor hojas lo acarrear y es causa de todo.

críticos. Por un lado la norma imponía al escribano la obligación de recoger en el acta de la prueba todo lo que el testigo dijese en su respuesta, como un medio de evitar lo que ocurría en la práctica, y que era que por resumir las respuestas, éstas se podían ver alteradas, unas veces por la poca práctica del escribano o por su poco cuidado, y en otras ocasiones variando el contenido de la respuesta *pues hay escribanos que tienen las plumas venales y pervierten la verdad*,⁵¹⁶ pero el sentido común y el hacer forense hacía ver claramente que la contestación literal del testigo no era necesario recogerla completa, por lo que era inevitable resumir y trasladar al acta sólo lo esencial de la respuesta. Y aquí era en donde radicaba la importancia de la actuación del escribano en la prueba de testigos: precisamente en la concisión y precisión con la que debían documentar lo que el testigo respondía a cada una de las preguntas, y a cada una de las partes de cada pregunta.

Pero veamos cual era **la realidad cotidiana en la documentación de la prueba de testigos**. Al observar en conjunto varias pruebas testificales la primera conclusión que se extrae es la de la uniformidad en la manera de realizar esta documentación; las fórmulas eran idénticas en los distintos pleitos, aunque geográficamente fueran distantes los lugares en los que se celebraban o seguían; como idéntico era el orden de seguir el desarrollo de las pruebas, respetándose en apariencia lo dispuesto por la ley; digo en apariencia porque estamos ante documentos y no ante realidades, y en estos casos se establece una simbiosis entre realidad y documento que hace imposible conocer en donde se encuentran los límites de una y de otro. En las documentaciones de actos judiciales, se cuenta para su análisis con dos márgenes: uno es el del contenido del propio documento que hace fe o realidad documental lo que de la auténtica realidad recoge; y el otro margen o límite que haya que tener presente es el posible falseamiento

⁵¹⁶ CASTILLO DE BOVADILLA, Política de Corregidores, pág. 276, tomo 2

de esta realidad material al ser documentada, tal sería el hecho de que en acta figurase que el juramento y preguntas se hacen ante el Alcalde o Corregidor, cuando sabemos, por otras informaciones que era frecuente que los jueces no presenciasen la mayoría de las pruebas de testigos. Es importante tener presente esta circunstancia para extraer de las declaraciones de testigos lo que puede ser auténtico y de acuerdo con la realidad del acto procesal.

El encabezamiento de la prueba se hacía con el lugar y la fecha, la constancia de ante quien se hacía la prueba, alcalde ordinario o mayor, juez de la causa, o juez de comisión, y la presencia del escribano, excepto en el caso de hacerse la prueba ante el juez de comisión que a su vez actuaba como escribano y resolvía con la fórmula *por mi y ante mi*.⁵¹⁷ El testigo comparece o es presentado por las partes en la mayoría de los casos, pues no existen citaciones a los testigos, únicamente en los casos de apremio por negarse a comparecer. Del testigo se hace constar su nombre, y si es una mujer quien comparece como testigo se hace constar también el nombre de su marido en el caso de estar casada; además de hacerse una referencia a la vecindad, si fuese natural de lugar distinto al que se hace la prueba, se hace constar de donde procede el testigo, y en algunos casos se dice cual es la profesión o el oficio de la persona que va a declarar, sólo cuando es de relevancia esta circunstancia para el asunto que se trata: cirujano, cura presbítero, maestro de obra, oficial mayor de la contaduría de millones, o criada o sirviente. Este dato del oficio es determinante según que casos para valorar posteriormente las respuestas que da el testigo y el resultado de esta prueba; si en el pleito se discute una cuestión de obra nueva o servidumbre, es importante que lo que dice el testigo esté respaldado por sus conocimientos como maestro de obra, o si se trata de conocer el juicio y capacidad de un moribundo para

⁵¹⁷ La parte que solicitaba la prueba podía presentar petición, una vez librada la carta receptoria, en la que explicaba que por vivir los testigos en otro lugar distinto del que se sigue la causa, y por no poder ir al tribunal los testigos, pide que se le de comisión y facultad necesaria al **presente escribano**. A esta petición sigue un auto por el que para la recepción de la prueba se da comisión **a mí el escribano**. CHAN. VALL. P.A. 3325-1

otorgar testamento, lo que declare el médico que le asistió es de mayor relevancia que lo declarado por persona lega en estas cuestiones. Por el contrario, es importante si la persona que cuenta las cuestiones íntimas de una familia ha servido en la casa durante años y por lo tanto convivido con la familia, y en cambio es intrascendente el hecho de que el testigo sea del oficio de la contaduría de millones. La edad, factor importantísimo en los testigos pues de ella depende si tiene o no conocimiento directo de determinados hechos, no se hace constar casi nunca en este encabezamiento, sino al final de la declaración del testigo, cuando lee su declaración y la ratifica. A continuación, el juez, cualquiera que sea la condición con la que actúe, toma y recibe juramento al testigo, a presencia de la parte o las partes que asisten a la prueba,⁵¹⁸ e inmediatamente se le examina a tenor del interrogatorio de preguntas presentado, leyéndole las preguntas o mostrándole directamente el interrogatorio. Cuando a los testigos se les interroga para **recibir información** la fórmula que se utiliza es la de preguntarle o interrogarle a tenor del pedimento presentado a cerca del contenido de algún documento, para lo cual se le lee dicho documento o bien directamente se le "exhibe"; si se hace constar que se le leen las preguntas, también se hace constar que entiende las preguntas que le han leído. Incluso se puede preguntar por la memoria del testigo presentado. Y una vez que se comienzan a hacer al testigo las preguntas, se deben redactar sus respuestas; en este aspecto la práctica es totalmente unánime: las respuestas de los testigos se redactaban todas en tercera persona. De las declaraciones de los testigos en su conjunto se puede extraer una información complementaria, que es la de la fuente del conocimiento que tiene el testigo sobre lo que se le pregunta y sobre lo que contesta:

al parecer del testigo, hace memoria, al entender del que declara, ha oído, lo vio durante nueve años, lo sabe, hace juicio, le parece, lo oyó por público, lo ha oído decir, lo sabe por haberlo visto,

⁵¹⁸ Ver supra juramento de los testigos.

oyó varias veces a diferentes vecinos, lo sabe por hallarse presente cuando han pagado la renta, tiene el conocimiento por vistas.

Todas son contestaciones dadas por testigos en las que se incluyen **el por qué saben lo que están diciendo**. Y del mismo modo que los testigos dicen la fuente de su conocimiento sobre lo que están diciendo, cuando no saben aquello que se les pregunta, igualmente lo dicen sencillamente: no sabe, no tiene noticia, no puede dar razón, no estaba presente ni oyó decir, no estaba presente ni oyó asertivamente.

En cuanto al contenido mismo de las contestaciones de los testigos nos encontramos con redacciones muy prolijas en la mayoría de los casos, en los que no sólo no se sintetiza la respuesta dada por el testigo, sino que una vez que el declarante dice que es cierto lo que se le pregunta, se añade a continuación el contenido de la pregunta. Veamos un ejemplo:

Pregunta: Y si saben que el referido D. Alonso es tal caballero del hábito y regidor perpetuo de dicha ciudad, y se halla casado con D^a María Josefa Fornaleo y Osorio, que es persona de conocidas circunstancias y de este matrimonio se hallan con hijo inmediato sucesor del referido Mayorazgo, y que con el producto y residuo que queda de él bajadas dichas cargas aún no tienen lo suficiente para mantenerse según su calidad y circunstancias, sin embargo de hallarse reducidas a no traer más familia que dos doncellas y un criado y a vivir con un porte sumamente moderado.

Respuesta: A la quinta pregunta dijo sabe muy bien que el dicho D. Alonso es caballero profeso del hábito de Santiago y regidor perpetuo de esta ciudad, y que se halla casado con D^a María Josefa Fornaleo y Osorio la que es persona de distinguidas circunstancias por su noble nacimiento; y que también de este matrimonio se hallan con un hijo inmediato sucesor al referido vínculo; y que con el producto y residuo que de él queda bajadas dichas cargas y gastos, aún no

tienen lo suficiente para mantenerse según las circunstancias y calidad y el porte y fausto que mantuvo el dicho D. José su padre; no obstante no mantener más familia que una doncella y la criada que deja declarado y un criado, y que gastan un porte sumamente moderado.⁵¹⁹

Es muy evidente que el resultado, a efectos de probar unos hechos, sería el mismo aunque en la respuesta se hubiese consignado únicamente la certeza de lo que se le pregunta sin añadir todo el contenido de la pregunta. Estamos de nuevo ante la viciosa práctica de escribir más de lo necesario para el buen fin del juicio, viciosa por corresponder a una actitud incorrecta que únicamente tenía como finalidad aumentar los ingresos de los oficios de justicia, y en este caso claramente los de los escribanos y sus oficiales, siempre por supuesto a costa de las partes que litigaban y que eran quienes pagaban estos gastos.

Pero, aunque en la mayoría de los casos esta forma de redactar la respuestas complicaba la documentación de las pruebas y las hacía inútilmente extensas y farragosas, se pueden encontrar formas escritas de expresión más sencillas, en las que lo dicho se narra de forma resumida recogiendo en el acta con una redacción menos prolija y extensa. Tales son las respuestas dadas por los testigos en pleito de obra nueva y recogidas en el acta por el escribano con formas de expresión procedentes de un lenguaje menos adulterado por la práctica del foro que en otros casos.

"Dijo, también sabe, que la puerta trasera de la casa de dicha María Gómez queda fuera bien desviada e independiente del cierro de dicho corral, y desde dicha pared hacia la parte que sale para la calle pública, queda un pedazo de corral muy grande, común para las casas y posesiones de los dichos Diego Cabrero, Francisco Brioso y María Gómez, y en medio hay un marco de piedra que el testigo ha oído decir en varias ocasiones a vecinos de dicho lugar, que no tiene presentes, que por ocasión de un pleito [...] se había puesto dicho marco en el citado corral para que

⁵¹⁹ CHAN. VALL. P.A. 2987-2.

de allí en adelante no pudiesen entrar los carros cargados de leña, y el testigo hace memoria, que en una ocasión en que todavía vivía dicho Juan de Luelmo, vió que yendo a entrar de dicho marco para dentro un carro cargado de leña del referido Diego Cabrero, le prohibió la entrada al referido Luelmo, y tuvo dicho Cabrero que descargar el carro fuera".⁵²⁰

Sin tener en cuenta las expresiones de acomodación de la redacción tales como *el referido, el dicho*, el testigo cuenta lo que sabe porque lo ha visto o lo ha oído a cerca de unos hechos que conoce con bastante claridad y sencillez, sin que en este caso el escribano adorne la respuesta con excesivas complicaciones o innecesarias prolongaciones o añadidos. Precisamente, en lo que se podía denominar **intervención personal de los escribanos en la redacción de las pruebas** de testigos, se pueden rastrear en dos aspectos muy concretos. El primero de ellos sería en la inclusión en las respuestas de datos específicos y concretos que los testigos no pueden dar con total precisión, imprecisión que suple el propio oficial con los conocimientos de su oficio o con la información que le brinda el propio pleito. Así, en las respuestas se hacían constar datos tales como que *la dicha heredad de pan llevar nunca ha estado arrendada más que en seis cargas de pan mediado trigo y cebada; no le quedan libres más de quinientos ducados en cada un año con corta diferencia; goza un oficio de regidor [...] que según la decadencia a que han venido todos los de esta clase no le contempla emolumentos que contribuyan a sufragar los gastos; que en cuanto a los bienes que se le adjudicaron le han sido útiles treinta y seis mil reales de vellón; se persuade que pagadas sus cargas y hechos los precisos reparos no le quedarán de trescientos a cuatrocientos reales arriba; y además tiene la casa de su mayorazgo que actualmente vive en ella el señor Alcalde Mayor*. Analizando expresiones tales como la que hace referencia a las cargas del arriendo, o los ducados que quedan libres, emolumentos, bienes adjudicados, cargas pagadas, se puede entender que no son expresiones propias de testigos que

⁵²⁰ CHAN. VALL. P.A. 2791-2

se suponen se limitan a contar lo que saben sobre hechos o circunstancias, y por lo tanto hay que pensar que estas formas expresivas se deben al hacer y oficio de los escribanos y sus oficiales, con lo que su intervención en la confección y redacción de las actas de la pruebas es clara y directa. Pero además existe otro aspecto por el que se puede percibir claramente la intervención de los escribanos en las pruebas, y es la clara reiteración de expresiones en las declaraciones de los distintos testigos de una probanza: Se pueden encontrar frases expresivas tales como *hizo un viaje al Reino de Portugal, que la casa era pudiente, que cobraba rentas y vendía pan y vino, siempre se ha portado con lisura y verdad*. Son todas respuestas concretas a una pregunta concreta, pero que se puede suponer que no se corresponden a las respuestas personales de los testigos sino a la transcripción al acta que hacía el escribano de las distintas preguntas, por lo que su intervención en la redacción de las pruebas no puede dejar dudas en cuanto a con su aportación marcaban lo que las actas contenían.

Dentro del contenido de las respuestas de los testigos se puede observar como en las declaraciones de las mujeres se contiene una mayor frescura en el lenguaje y sobre todo en la forma de contar lo que saben o lo que conocen, pues no sólo responden a la pregunta, sino que describen las situaciones con mayor precisión que otros testigos llegando incluso a contar conversaciones, que el escribano recoge en el acta de la prueba. Cuando las mujeres son presentadas como testigos es porque saben sobre determinados hechos y circunstancias del pleito, y la fuente de conocimiento suele ser el hecho de trabajar y vivir como criadas o sirvientes en las casas, es decir una relación doméstica; esta posición les facilita adquirir información sobre la vida de la familia, que en algunos casos se extrapola a personas ajenas a la casa pero que se relacionan con ellas.

En un pleito que plantea un viuda a los herederos de su marido en reclamación de

gananciales y de dinero no incluido en la herencia,⁵²¹ presenta como testigo a una criada que lo fue de la casa para demostrar que antes de morir el marido éste guardaba dinero en metálico. Cuenta la testigo que quince días antes de morir el amo, le pidió chocolate en pasta por haberse gastado el que había comprado, por lo que en compañía de la declarante fue hasta un arca que estaba cerrada, y después de abrirla, advirtió que la cerradura estaba separada de la tabla, por lo que dijo: *ay, que estos pícaros (hablando por los nietos) me han robado*, sin poder averiguar el dinero que le habían quitado. Y estando posteriormente enfermo, llamó a su hermano entregándole la llave de un arca para que recogiese de ella una porción de dinero, que no sabe su cantidad, *sólo advirtió haber caído el talego en el suelo y haber hecho bastante ruido*. Las dotes de observación, los detalles que añade a lo que cuenta y las expresiones directas de un tercero en la escena, dan a la declaración una vivacidad y una frescura que es una garantía de autenticidad de que lo que se ha recogido es lo que el testigo ha dicho. Y en un asunto en el que está en juego la tutela de una menor y sobre todo la administración de sus bienes,⁵²² la madre de la niña, intentando demostrar que su suegra tiene un carácter poco recomendable para hacerse cargo de una menor, aporta como testigo a una de las criadas que conocen esta peculiaridad del carácter de la otra parte; dice la testigo que servía como criada en casa de una tía del padre de la menor, ya fallecido, en cuya casa tuvieron que acoger al matrimonio, diciendo expresamente el marido que no podía sufrir el genio de su madre y lo mal que se portaba con ellos, a lo que respondió su ama (tía del marido): *para un hijo que tiene su madre, que mal se porta*. No deja de ser ésta una forma sencilla de contar algo que se ha oído y que se conoce. En este mismo asunto, en unas diligencias previas que se hacen a instancia de la demandada para autenticar

⁵²¹ CHAN. VALL. P.A. 3558-1.

⁵²² CHAN. VALL. P.A. 3325-1.

y protocolizar un testamento dado cuando su marido estaba muriéndose, los testigos declaran sobre el estado del enfermo, siendo muy distinto lo que cuentan cada uno de los ellos sobre la enfermedad del otorgante del testamento; mientras que un hombre de 48 años se limita a afirmar la gravedad del accidente, otro de los testigos menciona que por la enfermedad los vecinos rehusaban ir a la casa; por el contrario, el cirujano que le atendió habla de la grave *fluxión* que tenía en los ojos por el contagio de viruelas, utilizando expresiones más bien técnicas. Y las testigos femeninas entran en mas detalles: la primera, que dice que asistió al enfermo hasta que falleció, por *estar casi ciego de la inflamación que tenía [...] y se puso en estado de casi no ver*, y la última de los testigos, que dice haber sido criada en la casa, cuenta que su amo no podía firmar *ya que no veía nada pues parecía un monstruo y las gentes de este pueblo se excusaban de ir a verle*. Las declaraciones de estos testigos en cuanto a la capacidad del fallecido para testar son en general bastante sencillas, y aunque se repiten algunas expresiones en todas ellas, mantienen las distintas formas de expresarse de las personas que le confieren mayor autenticidad que si apareciesen unificadas las respuestas.

Por último, se puede hablar de un aspecto del contenido de las declaraciones de los testigos, que aunque no es muy frecuente sí que aparece en algunas respuestas; se trata de los juicios de valor que el testigo hace al responder a la pregunta. Son observaciones tales como que el testigo piensa que las rentas de determinados bienes son escasas, o que piensa que la elevación de una pared medianera no pudiese causar perjuicio al predio colindante, o que a su juicio una abuela tiene el genio tan vivo y áspero que no está en condiciones de cuidar de su nieta. Estas valoraciones subjetivas, en ocasiones se los piden expresamente al testigo, pero en otras surge en la respuesta como una aportación personal del que contesta, lo que vuelve a dar carácter de autenticidad a lo que se dice, pues es una opinión personal que se sale de los márgenes normales

de respuestas de los demás testigos.

Una vez que se habían hecho al testigo todas las preguntas del interrogatorio que afectaban a la cuestión litigiosa, en la última se le insistía sobre la verdad de lo que había dicho, afirmándose en su declaración antes de firmarla y una vez que le era leída; la pregunta era una fórmula fija e inamovible en la práctica de los tribunales pues aparecía redactada prácticamente igual en todos los interrogatorios y en todas las respuestas. Decía el testigo que todo lo que había dicho constituía *pública voz y fama, siendo público y notorio y de común opinión*. Realmente era una de las muchas fórmulas superfluas y que se utilizaban más por costumbre que por real utilidad, como una herramienta de afirmar como válido el dicho del testigo si estaba respaldado por un conocimiento general de lo que se había contado, aunque se estuviese respondiendo a cuestiones domésticas que en principio no debían de haber salido del ámbito familiar y personal es decir de lo privado. También es cierto, como se ha visto al analizar las explicaciones de algunos testigos, sobre todo en los casos de sirvientes, que determinados hechos y circunstancias atravesaban el umbral puramente doméstico para constituirse en conocimiento público desde la difusión que se hacía por vía de sirvientes y de parientes de sirvientes, que sabían hechos privados por ser hermanos o esposos de otras personas que trabajaban en la casa de las partes del pleito.⁵²³

Quedaba de esta forma terminada la declaración de cada uno de los testigos, sucediéndose un interrogatorio al otro, con las mismas fórmulas y las mismas estructuras expresivas.

⁵²³ Es especialmente significativa la prueba de testigos que propone la parte actora en el ya mencionado pleito de alimentos seguido por una madre contra su hijo, Regidor de la ciudad de Zamora; en esta prueba, los testigos, que son criados o familiares de criados en su mayoría, tienen conocimiento de la situación económica de los litigantes, de los bienes con los que cuentan cada uno y sus rentas y frutos, de las particiones de herencia, y del valor del precio de alhajas vendidas; son una verdadera fuente del saber privado.

8.7. La intervención de los intérpretes en la prueba de testigos.

En lo que es el hecho material de la realización de la pruebas, cuando éstas son de carácter subjetivo, no sólo pueden intervenir la personas que son las partes en el pleito a través de la confesión, sino que el acceso a los terceros ajenos a la contienda es posible haciéndolo como testigos o bien como personas expertas o peritas en alguna materia u oficio específico que son llamadas precisamente por sus conocimientos. Pero además existe una tercera posibilidad de que terceras personas puedan intervenir en una prueba procesal, y es en los casos en los que el testigo propuesto por una de las partes no hable castellano por ser natural de otro Estado; en estos casos el propio procurador deberá presentar petición para que sean nombrados intérpretes que asistan a la declaración del testigo.⁵²⁴

No existe regulación legal de esta situación, ni en la práctica se ha encontrado actuación procesal de intérpretes en la prueba de testigos; los autores prácticos, cuando hablan de su intervención en esta prueba, remiten a **Antonio Gomez, Padilla** y otros romanistas y canonistas clásicos. Ya que era la parte que presentaba al testigo que necesitaba intervención de intérprete la que debía pedir del juez o del tribunal que se autorizase su nombramiento, quedaba sometido a esta iniciativa de parte que se acordase que el testigo debía ser interpretado. Esta decisión del Juez contenía en la misma resolución el hecho de la intervención de los intérpretes y el nombramiento de las personas que como tales debían actuar en la prueba; el auto del juez se debía hacer saber a las personas a las que se designaba como intérpretes, quienes debían aceptar y jurar el cargo⁵²⁵. Pero una vez que así era acordado por el juez o receptor, debían ser dos los intérpretes los que intervendrían en la declaración, pues lo mismo que los testigos para hacer la

⁵²⁴ MARTÍNEZ SALAZAR, Ob. Cit. Pág. 170.

⁵²⁵ Ibidem

prueba deben ser un mínimo de dos, así los interpretes que intervengan en la declaración de un testigo deberan ser tambien dos,⁵²⁶ aunque tambien se admite la posibilidad de que sea un solo interprete el que colabore, no habiendo más en el lugar en el que se ha de hacer la prueba, o bien porque las partes se muestren de acuerdo en que sea un único interprete el que asiste a la declaración del testigo; en estos casos se entiende que hace prueba plena la declaración así tomada a testigo que no habla castellano.⁵²⁷ A los interpretes les debe ser tomado juramento por el juez, juramento por el cual se compromete a traducir fielmente lo que digan los testigos,⁵²⁸ reproduciendo en castellano lo mismo que el testigo diga en su idioma, sin añadir, suprimir, interpretar o alterar su contenido. Tanto el juramento como el examen del testigo deberá hacerse a presencia del escribano de la prueba, para que el contenido de la declaración no arroje ninguna duda y tenga el valor probatorio necesario.⁵²⁹ La forma material de hacerse las declaraciones testificales consistía en leer el escribano la pregunta a los interpretes que se la hacian entender al testigo, y lo que parecia recogido en el acta de la prueba era lo que los interpretes decían que el testigo habia respondido.⁵³⁰

8.8. La cuestión del examen de los testigos una vez finalizado el término probatorio.

En principio, el examen de los testigos está sometido a los mismos tiempos generales de la prueba, es decir, a aquellos términos que se fijan para que las partes hagan sus pruebas en el auto o sentencia de prueba, sin que la ley establezca excepciones para esta clase de probanza.

⁵²⁶ HEVIA BOLAÑOS, Ob.Cit.Pag.89
MARTINEZ SALAZAR, Ob. Cit. Pag. 172

⁵²⁷ TAPIA, Ob. Cit. Pag. 104

⁵²⁸ GOMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 104

⁵²⁹ Ibidem.

⁵³⁰ MARTINEZ SALAZAR, Ob. Cit. Pág. 172.

Pero como en otros muchos aspectos procesales, no es la ley, sino la práctica la que determina que algunos actos del proceso discurran en distinto sentido del previsto. Aunque se vio⁵³¹ que los términos eran con mucha frecuencia concedidos sin agotar el máximo que permitía la ley para luego ser alargados hasta los días que venían establecidos por las normas, y que muchas veces los motivos que las partes alegaban para pedir esta prolongación del término de probar eran precisamente que las personas que querían presentar como testigos no podían acudir en el tiempo que inicialmente se les había concedido, ocurría que la presentación y examen del testigo, o bien sólo el examen, no era posible hacerlo dentro del término concedido como para probar. Estimaba la doctrina que, una vez hecha la prueba de testigos, podían las partes presentar más testigos de los ya examinados, siempre que el término probatorio no hubiese concluido y que la parte que lo solicita **jure que desconoce las respuestas dadas por los demás testigos**, tanto los de su parte como los de la contraria.⁵³² De ahí la fórmula utilizada por los escribanos al finalizar las declaraciones de los testigos, por la que se pregunta a las partes, requiriéndolas para que si quieren presentar más testigos respondan que no: en ese caso añade el escribano, *por ahora y sin perjuicio de presentarlos en tiempo cuando lo tenga por conveniente*.⁵³³ Con este sistema se salvaba la posibilidad de presentar nuevos testigos dentro, eso sí, del término probatorio.⁵³⁴ Entendían los autores que pese a la renuncia de las partes a presentar nuevos testigos, éstos podían ser admitidos siempre que no se hubiese hecho la publicación de pruebas, que la parte

⁵³¹ VER SUPRA 6.6.

⁵³² GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 105.

⁵³³ Ibidem.

⁵³⁴ Esta fórmula, útil aunque no imprescindible, ya que el escribano comisionado, aunque no se use la fórmula, puede recibir a los testigos sin que la parte necesite acudir al juez para ello, siempre dentro del término probatorio, ya que se entiende que en virtud de la comisión esta subrogado en lugar del juez durante todo el tiempo que viene acordado para probar, dándole las facultades legales para ello. TAPIA, Ob. Cit. Pág. 153.

jurase no saber lo que habían declarado sus testigos ni los de la contraria y que no hubiesen finalizado los plazos para probar.⁵³⁵ Se basan los autores en una ley de **Partidas** en la que apoyándose en el argumento de que los jueces deben intentar conocer siempre la verdad, cuando los plazos de prueba no hubiesen finalizado, se deban autorizar aquellas que se soliciten, aunque la parte dijese que no quería hacer más pruebas;⁵³⁶ la ley era más permisiva que la práctica que después añadió la necesidad de incluir la fórmula de salvar la posibilidad de probar aunque se hubiese renunciado a la presentación de nuevos testigos.

Se podía dar en la realidad procesal otra situación por la que la prueba de testigos se hiciera en distinto momento del que se habían hecho el resto de las pruebas. Podía ocurrir, que traídos los testigos y **juramentados** por circunstancias ajenas a la voluntad de las partes, no pudiesen ser examinados todos en el mismo acto; en este caso podrían ser interrogados los testigos una vez finalizado el término de probar, siempre que se hiciese su examen antes de la conclusión, o al menos en el término de la publicación y si el término dado es menor del que marcan las leyes, es decir no es el máximo de la ley.⁵³⁷ En resumen, entiende la doctrina, que si el término dado para probar no es el máximo que la ley autoriza según los casos, pueden ser examinados los testigos presentados y no interrogados, teniendo sus dichos pleno valor y efecto; pero si se hubiese recibido la causa a prueba por todo el término de la ley, aunque los testigos se presenten y juren dentro del término, no se les puede tomar declaración una vez pasado.⁵³⁸ Este autor reconoce el tema como asunto de desacuerdo dentro de la doctrina. Para él, los autores más

⁵³⁵ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 108.
ORTIZ DE ZÚÑIGA, Ob. Cit. Pág. 47.

⁵³⁶ P.P. 35.16.3.

⁵³⁷ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 79.

⁵³⁸ CONDE DE LA CAÑADA Ob. Cit. Pág. 102.

clásicos, como **Acevedo**, han hecho una **ficción jurídica** por la que retrotraen el tiempo en el que se hace la prueba al término de probar produciéndose una *ficción traslativa de los tiempos* que no tiene ninguna apoyatura legal ni está basada en la equidad o necesidad de la causa pública. Por el contrario, si se tiene en cuenta que el tiempo de probar procede en el proceso de un auto interlocutorio, como lo es el auto de prueba, y dado que este auto puede reformarse por el mismo juez que lo dictó, si el juez recibe el juramento a los testigos dentro del término señalado en el auto de prueba que sea menor al máximo de la ley, reservándose recibir las declaraciones después de este acto, **se entiende que lo está prorrogando** por el tiempo que sea necesario para concluir la prueba, y por este medio puede extenderse al tiempo que señala la ley. La conclusión a la que llega el autor es que cuando el juez recibe el juramento a los testigos y recibe las declaraciones *alza y remueve el término primero y deja sin embarazo el de la ley como si hubiera empezado con él*. Basa esta argumentación en que el juramento y examen es un solo acto procesal que comienza con la jura y termina con la declaración, quedando evidente el ánimo del juzgador en quitar todo impedimento para continuar y terminar el acto empezado en tiempo hábil dentro de lo que es propiamente el término de prueba legal, **alzando la restricción que había puesto el mismo en la idea de que sería suficiente y no resultó así**. Con este argumento viene el autor a montar una **ficción jurídica** distinta de la que había establecido la doctrina mas clásica, por la que, en lugar de basarse en una retroacción de los términos de probar, se basa en la intención **implícita del juez** en prolongar el tiempo probatorio entendiendo que si ha recibido juramento a los testigos, desde ese momento el tiempo discurre como único hasta que se le recibe declaración, lo que no aclara el autor en su exposición es el esencial elemento de que si el tiempo para probar era o no el máximo concedido por la ley; únicamente se basa el autor en la idea de que siendo el juez el que otorga a las partes el plazo para probar, puede por propia intención

modificarlo o alterarlo en base a la idea de tiempo único de jurar y declarar. En cualquier caso, no hace referencia a ninguna ley, por lo que su argumentación queda tan vacía de apoyo legal o normativo como lo estaba la de **Acevedo**.

Finalmente, y a modo de resumen de la cuestión se daban dos situaciones respecto de los testigos extemporáneos:

- aquellos que la parte pretende presentar después que haber hecho su probanza y haber renunciado a nuevos testigos; la doctrina, basada en **Las Partidas** es común en cuanto a que cabe admitirlos siempre que se haga dentro del término de prueba, incluso justo hasta la publicación de las pruebas, y que la parte jure que no sabe lo que se ha declarado por el resto de los testigos.

- el otro supuesto se refiere a la posibilidad o no de tomar declaración a testigos que han juramentado dentro del tiempo para probar, una vez que ha finalizado éste. Aunque la ley no permite que se hagan pruebas una vez finalizado el plazo de probar, la intención de los autores por buscar fórmulas para poder hacer este tipo de pruebas es tan clara que no se puede dejar de pensar que sus argumentos buscaban afianzar situaciones que en la práctica se estaban produciendo, llegando claro está a la conclusión, que por distintas vías argumentales se podía admitir la posibilidad de tomar declaración a testigos que, habiendo jurado dentro del término de prueba, se les recibe una vez finalizado éste.

8.9. La valoración de la prueba testifical.

La valoración de la prueba en general es una cuestión que ya se ha visto, lo mismo que se ha tratado su proyección en la práctica del proceso al estudiar la confesión; en lo que se refiere a la prueba de testigos, y sus resultados finales en cuanto al efecto que pueda tener en el

convencimiento del juez -que realmente es la verdadera finalidad de la prueba procesal en general-aparece más patente que en las demás pruebas la gran trascendencia que todo el entramado jurídico del medievo y de la Edad Moderna daba a lo que se consideraban las **pruebas legales y tasadas**. Esta importancia de lo que se puede valorar de la prueba de testigos no sólo deriva de la prueba en sí misma, sino que incide el hecho de que la testifical sea, con mucho, el medio de prueba más utilizado en todo el sistema jurídico vigente en el Antiguo Régimen; unido todo a la especificidad del medio utilizado, eminentemente **subjetivo**, hizo que la doctrina, ateniéndose a criterios tales como el número de testigos, su calidad y demás circunstancias que incidían en su práctica elaborase una fórmula para valorar la prueba de testigos eminentemente sistemática y jerarquizada.⁵³⁹ Aunque con la evolución general del derecho y sus manifestaciones la prueba de testigos fue perdiendo parte de gran fuerza a favor de los documentos, no deja de tener una **fuerza mítica**⁵⁴⁰ que la hace buscar su eficacia plena probatoria frente a medios concretos, y sobre todo ante la ausencia de otras posibilidades de probar. Lo que sí prevalece en esta evolución es al carácter tasado de la prueba que la sujeta a rígidos márgenes de valoración que quedan fuera de la intervención personal del juez. Si en la Edad Media podía valorarse distintamente el testimonio dado por hombres honestos frente al de los hombres viles,⁵⁴¹ e incluso ser en última instancia el juez quien aprecie el valor de la prueba practicada en base a criterios racionales aplicados a los datos aportados por los testigos,⁵⁴² es a partir de LAS PARTIDAS, en donde ya se dan reglas para la ponderación de los testimonios, y desde donde va elaborándose

⁵³⁹ MARÍA PAZ ALONSO, Ob. Cit. Pág. 227. La autora hace su exposición en el marco procesal del proceso penal, que aunque con especiales matices en cuanto a los fines probatorios, puede ser útil en los pleitos civiles.

⁵⁴⁰ MARÍA PAZ ALONSO, Ob. Cit. Pág.230.

⁵⁴¹ LALINDE ABADÍA, Ob. Cit. Pág. 789.

⁵⁴² VALLEJO, J. La regulación del proceso en el Fuero Real, pág. 531.

todo el sistema de tasación de esta prueba hasta su total implantación desde el siglo XVI, momento en el que la intervención de la normas reales va fijando las circunstancias a tener en cuenta para que la prueba tenga total eficacia, y el mismo tiempo, la doctrina, con criterios de ordenación escolástica, había ido fijando las bases para valorar y medir los testimonios dados en juicio. Desde el momento de la recepción del Derecho Común, los criterios de valoración de la prueba de testigos se hacía en base a **tres puntos de referencia: el número, la calidad y las circunstancias de los testigos y de sus declaraciones.**⁵⁴³ Vamos por lo tanto a seguir el guión que los autores del Derecho Común utilizaron para su creación jurídica y así estudiar mejor cuales eran los criterios a aplicar por el juzgador para valorar una prueba de testigos hecha en juicio.

1º.- EL NUMERO DE TESTIGOS APORTADOS. -Aunque en la Edad Media el número de testigos que se exigían para hacer prueba era de dos, con el tiempo se complicó este entramado- en **Las Partidas** se aumenta el número a doce - debiendo fijarse en treinta en una disposición de 1503 como una necesidad de limitar la creciente afluencia de testigos propuestos. En este momento no se va a explicar el numero máximo y mínimo de testigos exigidos, sino cual debía ser este número para que la parte consiguiese probar plenamente sus alegaciones, es decir, para que hiciese **prueba plena**. Siguiendo el principio jurídico de que *en boca de dos testigos está toda la verdad*, se acepta por unanimidad por todos los juristas, que el dicho coincidente de dos testigos, que reúnan las circunstancias que la ley exige a las personas que como tal intervienen, y que se les haya recibido declaración con las debidas garantías de veracidad y secreto, hará **prueba plena en juicio**. Desde **Las Partidas** se venían admitiendo excepciones a la suficiencia de dos testigos para probar con toda fuerza, y son las ya mencionadas de intención

⁵⁴³ Consistiendo la fe de los testigos en el número, condición y otras circunstancias. JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pág. 301.

de probar paga o testamento. Y un único testigo no hará prueba, sólo **presunción**, lo que equivale a decir que es prueba semiplena y que completada por otro medio probatorio, su dicho sería tenido en cuenta hasta tener pleno valor. Ocurre lo mismo para los testigos llamados **singulares**, que inicialmente sólo harán prueba semiplena y que deberá ser completada por otros medios para llegar a hacer plena fuerza de probar. Pero habiendo un solo testigo, o prueba semiplena, en causa de poca importancia, valorándolo conjuntamente con el juramento del actor, puede ser tenido en cuenta.⁵⁴⁴

2º.- LA CALIDAD DE LOS TESTIGOS COMO ALGO INHERENTE A SU VALOR. Ya en la Edad Media se da más valor al testimonio de los hombre honestos que al de los llamados "viles", prevaleciendo la posición de la parte que presenta "**mejores**" testigos,⁵⁴⁵ aunque siempre era tenido en más el número ante testigos de la misma calidad, pues siempre se considera más **objetivo** la cantidad de las personas que se presentan para confirmar las alegaciones o pretensiones de las partes, que su **condición personal y social**. Esta condición aparecía en datos que se incluían en las practicas de las pruebas, tales como la profesión de los testigos, la familia de procedencia, el hecho de ocupar determinados cargos u oficios, eran circunstancias de la personas que se tenían en cuenta a la hora de valorar mejor se dicho, pues se suponía mayor **honestidad** en estas personas; incluso, dentro de las declaraciones de los testigos, se hacían preguntas a estos sobre la condición y capacidad de decir verdad del resto de los presentados: el testigo decía que conocía al testigo anterior y que le tiene por persona que dice la verdad.⁵⁴⁶

⁵⁴⁴ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 88.

⁵⁴⁵ VALLEJO, JESÚS, Ob. Cit. Pág. 531. F.R. 2.8.2.

⁵⁴⁶ CHAN. VALL. P.A. 3558-1.

Si el principal objetivo de la valoración de las pruebas, es el determinar la razón que asiste a las partes desde sus alegaciones probadas, ante igualdad de resultados probatorios, es deber del juez establecer cual de ellas a demostrado mejor derecho para reconocérselo; para ello, si ambas partes han presentado igual número de testigos para apoyar sus pretensiones, deberá el juzgador atenerse a aquellos testigos que dicen la verdad o que se acercan más a ella, por ser hombres de mejor fama y de mayor derecho, pues debe creerlo, aunque los testigos que dicen lo contrario fuesen más numerosos.⁵⁴⁷ Sólo en los casos en los que la condición y calidad de los testigos sea la misma, prevalecerá el número como criterio objetivo para valorar lo dicho en juicio a favor de una de las partes; aún siendo imposible "desempatar" con estas reglas, deberá el juez absolver al demandado,⁵⁴⁸ a menos que el demandante intente "causa favorable", que son las que afectan a la libertad, dote, matrimonio o testamento, es decir, a cuestiones intrínsecas de la persona, pues en ellas el juez debe estar a las cualidades personales antes que al número.⁵⁴⁹ El criterio de la mejor fama era admitido por la doctrina ya que se consideraba que

"probando ambas partes su intención con testigos, debe el juez gobernarse para dar la sentencia, por los que depongan lo más verosímil, **tengan mejor fama, estén más autorizados y sean más dignos**, aunque menos en número".⁵⁵⁰

Incluso debe tener el juez en cuenta la mejor fama cuando entre los testigos de una misma parte hubiese discordancia para valorar en más esta declaración frente a la hecha por persona que no alcance las mismas cualidades, quedando descalificado por tal el testigo que se contradice dentro de lo que declara. Se puede pues deducir de lo dicho, que es la buena fama y calidad del

⁵⁴⁷ P.P. 40.16.3.

⁵⁴⁸ JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pág. 301.
TAPIA, Ob. Cit. Pág. 155.

⁵⁴⁹ TAPIA, Ibidem.

⁵⁵⁰ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 155.

testigo lo que se indica al juez que debe tener en cuenta en primer lugar, y sólo recurrir al número de testigos para inclinar la balanza a favor de una u otra de las partes y de sus pretensiones.

3º.-LAS CIRCUNSTANCIAS DE LAS PERSONAS. En principio podría pensarse que las circunstancias que rodean a los testigos forman parte de la cualidad de testigo **más calificado por su procedencia**, pero se trata en realidad de hechos circunstanciales que hacen que por ellos el testimonio dado por determinadas persona tenga mayor peso en un asunto concreto. Mientras la calidad del testigo tiene un carácter más absoluto, pues va con la misma persona, las circunstancias personales del testigo son relativas, pues se tienen en cuenta en función del por qué de la declaración, lo que las parte intenta probar, y lo que en cada caso se puede aportar por un testigo. Por ello, no es lo mismo el testimonio dado en un asunto de servidumbre por una persona que es maestro de obras que por un desconocedor del oficio, o el dado en un asunto de cabida de fincas por un agrimensor colegiado sobre otros testimonios. Además de lo específico del oficio, el conocimiento de los hechos que tiene el testigo puede venir derivado de muchas circunstancias que a la hora de valorar se deben tener en cuenta por el juez: la convivencia con las partes, la proximidad o lejanía del lugar en el que lo hechos que se van a probar ocurrieron, y lo mismo en el tiempo: cuando se declara sobre hechos que se conocen por fama pública, que en sí mismos sólo hace prueba semiplena, los argumentos del testigo para demostrar como ha llegado a tener esta noticia, pueden hacer que el juez valore la fama como una prueba plena. Era importante en los pleitos de hidalguía esta circunstancia de la fama pública de los hechos pues en estos pleitos la carencia de medios probatorios hacía que la fama, unida al dicho de un testigo llegase a tener el valor de prueba plena, lo que no ocurría en los casos en los que la fama se refería a hechos menos antiguos.⁵⁵¹

⁵⁵¹ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 88.

8.10. La tacha de testigos como posibilidad de las partes.

Se llama *tacha de testigos* a la posibilidad que tienen las partes de impugnar a un testigo al que ya se le han hecho las preguntas, por considerar que tiene motivo para estar inhabilitado, y que por lo tanto su testimonio debe quedar excluido de la prueba por no ser imparcial.⁵⁵² Los motivos por los que la parte contraria a la que ha propuesto al testigo considera que éste no es hábil, son los que se incluyen en las preguntas que se les hacen al comienzo de su declaración, y que se conocen por el nombre genérico de *preguntas generales de la ley*; si el testigo ha dicho que no está comprendido en los motivos de exclusión que vienen regulados, y la parte considera que sí lo está, es cuando puede plantear este incidente procesal para demostrar que lo dicho por el testigo debe ser invalidado. Por el contrario, si el testigo al momento de hacerle la pregunta de las cuestiones generales que marca la ley, reconoce que alguna le afecta o le comprende, no le cabe a la parte la posibilidad de plantear la tacha de testigos. Aunque procesalmente el momento en el que se pueden plantear las tachas de testigos es el de la **publicación de las pruebas**, se ha preferido incluir aquí este apartado por estar más cercano a la estructura de la prueba testifical que a las posibles incidencias posteriores de la pruebas en general.

Puede ocurrir que para probar si intención las partes del litigio, y desvirtuar la de su contraria, se valgan a veces de testigos que son **parientes o amigos suyos, o bien enemigos de su contraria**, incluso de personas que tienen **prohibición de testificar en juicio**.⁵⁵³ Para ello "queriendo la leyes evitar el perjuicio que puedan causar con sus respuestas, proveyeron el remedio permitiendo que se les pongan las tachas, y defectos que tengan, para que justificadas

⁵⁵² LALINDE ABADÍA, Ob. Cit. Pág. 789.

⁵⁵³ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 204.

se desprecien sus dichos como sospechosos".⁵⁵⁴

La facultad procesal de tachar a los testigos contrarios tiene apoyo legal en distintas disposiciones de la legislación Real. En primer lugar, en **Las Partidas** se encuentran dispersas por la leyes del título 16 de la Partida 3 las causas que pueden dar lugar a las tachas; causas que no son otras que aquellas que afectan a la ausencia o vicio en los requisitos que se exigen en estas normas para que los testigos y sus dichos tengan validez en el pleito. Pero es en la legislación posterior en la que se pueden encontrar normas para su control y su formulación en el proceso; se trata fundamentalmente de tres disposiciones, una de ellas es de Juan II en 1387, por la que se ordena que las tachas han de ser singularmente especificadas, sin que puedan admitirse tachas generales,⁵⁵⁵ para evitar la malicia de los litigantes al poner este remedio con el único fin de alargar y prolongar la contienda.⁵⁵⁶ Las otras dos normas a las que nos referimos, son las dadas por los Reyes Católicos en las Ordenanzas de Madrid de 1502, en los capítulos 18 y 19,⁵⁵⁷ en ellas se contienen instrucciones respecto del tiempo, la forma y el trámite que se ha de seguir en los casos en que se ejercite esta facultad por alguna de las partes en litigio, incluso con medidas restrictivas en lo que al tiempo de la prueba de este incidente se refiere, motivándose la norma por el hecho de que la experiencia venía demostrando que se actuaba por malicia en estos casos con resultados dañosos para algunas de las partes.

En cuanto a la doctrina, elabora el estudio de las tachas de testigos desde un punto de vista practicante más que teórico, siguiendo las disposiciones legales; de su contenido se puede hacer el siguiente guión.

⁵⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵⁵ N.R. 2.8.4.

⁵⁵⁶ N.R. 1.8.4.

⁵⁵⁷ N.R. 3.8.4.

1º.- Causas que en el proceso pueden dar lugar a la tacha de testigos. Se puede tachar a un testigo por su propia condición personal, considerando que es inhábil para declarar en el pleito o en cualquier causa, o por un examen incorrecto del testigo y de sus dichos en el que no se han respetado lo prescrito por la ley para estos actos.⁵⁵⁸ Los motivos por los que cualquiera de las partes puede presentar esta objeción a la prueba se puede clasificar en tres grupos:

A) Los que se refieren a las personas, que es cuando se argumenta que el testigo no es hábil para declarar en ninguna causa o especialmente en la que se trata. Dentro de este grupo se incluyen las circunstancias del testigo que le hacen inhábil para declarar por no reunir los requisitos que la ley exige a las personas que se presentan como prueba testifical. Es por tanto causa de tacha o motivo para presentar tacha contra un testigo que éste sea menor de catorce años, el perjuro, el excomulgado, el de mala fama, el que ha cometido delito o infamia, el vil, el esclavo, el demente, el pariente de la parte hasta el cuarto grado, el que tiene interés en la causa, al familiar, el criado, el amigo íntimo o el enemigo capital, y el muy pobre.⁵⁵⁹

B) Motivos que se refieren al examen que se ha hecho al testigo; tales causas se circunscriben a los requisitos procesales exigidos para la práctica de esta prueba como son la falta de jurisdicción del juez o receptor que los examina, o por haber hecho el examen fuera de tiempo permitido, sin hacer el juramento, sin secreto y otras formalidades propias de esta prueba.⁵⁶⁰

C) Causas de tachar que se pueden presentar por las declaraciones de los testigos,

⁵⁵⁸ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 115.

⁵⁵⁹ JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pág. 37.
MONTERROSO Y ALVARADO, Ob. Cit. fol. 19.
N.R. 2.8.4.

⁵⁶⁰ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 208.

y que son las que afectan al contenido de lo dicho por los testigos a las preguntas que se les hacen, pues pueden haber contestado cosas contrarias a la verdad, oscuras, dudosas, incongruentes, incluso por no haber dado razón de su conocimiento sobre los hechos.

En conclusión, los motivos por los que la ley permite poner el impedimento a los testigos una vez que se ha hecho la prueba, son precisamente la ausencia de uno o varios de los requisitos que se vienen exigiendo para que la prueba de testigos, y sus declaraciones sean válidas y tengan eficacia en el proceso. Si la persona del testigo no es plenamente capaz, o se le conocen acciones anteriores que hacen desconfiar de lo que diga, o incluso mantiene una actitud hacia las partes del juicio distinta de aquella que debe tener un testigo para que lo que en el diga se objetivo, está aquejada de un defecto que la hace inhábil para ser testigo, en cualquier causa o en concreto en la que se está discutiendo. Si en la realidad procesal de la prueba no se han tenido en cuenta todas las prescripciones formales que la ley exige, la prueba en sí misma puede devenir nula, si la parte a la que perjudica así lo plantea. Y por último, si la parte contraria a la que ha presentado el testigo considera que la persona ha declarado falsa o maliciosamente, también puede oponer esta circunstancia para así anular la prueba.

2º.- Requisitos para que prospere la tacha de testigos. Al partir de la idea de que el tachar a los testigos contrarios es una facultad de parte y que por lo tanto es una posibilidad a plantear, para que dicha objeción procesal pueda llegar a prosperar se han de tener en cuenta una serie de **requisitos de tiempo y forma** que garantizan que pueda llegar a conseguir lo que se propone la parte con su alegación.

- el tiempo de presentar las tachas será el de seis días, después de hecha la publicación de pruebas y notificado el auto al interesado o a su procurador.⁵⁶¹ Ahora bien, la práctica vino a

⁵⁶¹ N.R. 1.8.4.
TAPIA, Ob. Cit. Pág. 205.

entender que el término, en sí mismo perentorio, debía interpretarse en cuanto a su comienzo con cierto cuidado, pues el término deberá empezar a correr desde el momento en que las partes hayan tenido conocimiento de las pruebas de testigos, de quien ha sido el testigo y que ha declarado, para partiendo de este conocimiento poder valorar y plantear, en el caso de que proceda la tacha a los testigos y a sus dichos.⁵⁶² Desde luego, el término de seis días no es común para las partes, pues se deberá computar para cada parte desde el momento en que toma los autos para instruirse de los resultados de las pruebas que se han hecho, tanto de las propias como de las contrarias.

- claridad en la especificación de las causas que son el origen de las tachas. No se considera motivo suficiente de tachar a un testigo, aquel que se plantea de una forma vaga e imprecisa, por lo que no se pueden aceptar los motivos que no incluyen las circunstancias específicas que vienen a concretar las cuestiones; así, si se alega como causa de tachar a un testigo que es una persona excomulgada, se deberá concretar quien, cuando y en que sitio fue excomulgado; o si al testigo se le tacha por perjurio, habrá que decir cual fue el asunto por el que se le tuvo por tal, fijando el sitio, el tiempo y la razón en la que se basó el fallo. Es decir, no basta que las tachas sean generales, sino que deben estar bien especificadas.⁵⁶³

-para evitar malicia en tachar, se exige a quien la presente que jure que no lo hace por malicia ni con ánimo de injuriar al testigo; es una formalidad que evita que, en caso de no quedar probados los motivos de la tacha, se le pueda imponer pena al que la formula.⁵⁶⁴ Este no es propiamente un requisito, en primer lugar por no venir exigido por ninguna ley, sino que se trata

⁵⁶² TAPIA, Ob. Cit. Pág. 205, n.p.p. citando al Conde de la Cañada.

⁵⁶³ N.R. 2.8.4.

TAPIA, Ob. Cit. Pág. 206.

JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pág. 37.

⁵⁶⁴ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 86.

de una formulación doctrinal y práctica,⁵⁶⁵ y porque además es una formalidad garantizadora de resultados futuros, más que de una exigencia a priori para que el planteamiento de la tacha sea válido.⁵⁶⁶

- la forma procesal de presentar las tachas será mediante un **pedimento** de parte, que puede ser incluso el escrito de alegaciones llamado de **bien probado**, aunque se consideraba de buen hacer procesal el presentar un pedimento para esta cuestión, sin formular las alegaciones de bien probado, pues si se hace de forma conjunta, deberán repetirse de nuevo según el resultado del incidente de tachas. En esta petición, después de identificar al testigo y expresar la tachas que le tenga que poner, dice la parte que por esos motivos *no merece el menor crédito y fe en las deposiciones que tiene ejecutadas en los autos, siendo los presentados por mí los de mayor excepción y sin defecto alguno.*⁵⁶⁷ Aprovecha así la parte "tachante" a alegar en favor de sus testigos y en contra de los de la parte contraria.

3º.-La prueba o justificación dentro del incidente de tacha de testigos. En el mismo pedimento en el que se planteaba la tacha, se solicitaba que se recibiese a prueba, por el término *que bien visto fuere*. La ley lo permite así, dejando a criterio del juez el recibir o no a prueba la tacha.⁵⁶⁸ Es un término arbitrario y discrecional que no puede exceder de la mitad del que se haya concedido en la causa principal, pues se piensa que las tachas son "**odiosas**" y para admitirlas y probarlas se debe conceder el término con buen conocimiento de lo que ha ocurrido, de ahí que

⁵⁶⁵ HEVIA BOLAÑOS cita a PAZ, CAVEDO Y JULIO CLARO para apoyar sus afirmaciones.

⁵⁶⁶ La fórmula que se utilizaba, al final del escrito en el que se planteaba la tacha, "jurando en forma que dichas tachas no las pongo en malicia, ni por infamar a dichos testigos, sino para defensa de mis derechos y justicia"

⁵⁶⁷ JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pág. 38.

⁵⁶⁸ N.R. 1.8.4: *y fuere visto a los de nuestro Consejo y Oidores que son tales que deben ser recibidas, que den sentencia en que reciban a prueba de ellas.*

el tiempo de prueba se pueda restringir.⁵⁶⁹ Los testigos que se utilizarán serán los adecuados, pues a estos ya no se les podrá oponer tacha alguna, y se les examinará mediante un interrogatorio que presentará la parte, y del que se da traslado a la parte contraria, para que diga si considera o no admisibles las tachas y a su vez pueda oponer sus propias objeciones a los testigos del litigante contrario. A la solicitud de prueba dará el juez un auto por el que admitirá el incidente, recibirá la causa a prueba y fijará el término para su práctica. Una vez hechas las pruebas, se hará publicación de ellas, se unirán a los autos y se notificará a las partes para que aleguen de bien probado.

En cuanto al resultado final de las tachas y del incidente en el que se tramitan, no recae ninguna resolución sobre su resultado, pues el juez nada ha de decir en cuanto a lo que la partes digan y prueben, pero lo ha de tener en cuenta al decidir el fallo del pleito, pues la finalidad de tachar a un testigo está en hacer que su testimonio se invalide, y por lo tanto no hará prueba por sí mismo y no entrará en el juego de valoraciones y escalas probatorias.

CAPÍTULO IX.- LA OBJETIVACIÓN EN LA PRUEBA. LOS DOCUMENTOS.

En la configuración de los rasgos procesales que definieron el proceso castellano, fue la **escritura** no sólo una herramienta procesal, sino parte de la esencia misma del proceso. En primer lugar, la influencia del Derecho Común, con su enorme aportación del Derecho Canónico, consagra la escritura y su materialización en la documentación. Y este elemento procesal material llega a alcanzar el mayor volumen de producción entre los siglos XVI y XVIII. Pero

⁵⁶⁹ TAPIA, Ob. cit. pág. 207.

además, en esta configuración histórica de los componentes del proceso, tuvo influencia un hecho histórico como era el triunfo de la escritura en lo que **Maravall** llama la modernidad. Lo escrito procesal no ha de ser considerado únicamente aquello que se documenta en las actas de los pleitos, sino los elementos de apoyo que las partes aportan al proceso, tanto a su inicio como en el momento probatorio: los documentos públicos o privados que constituyen la base definidora de las peticiones de las partes, y sobre los que el juez debe decidir para poner su sentencia. La idea de que la escritura es un instrumento de poder, con carácter general, tiene su reflejo en el mundo procesal; la mayor producción documental que comienza a tener importancia en el siglo XVI, no afecta solamente a lo público, sino que también en la esfera de lo privado se puede hablar de una mayor creación de expresiones escritas para fijar aquellas decisiones o voluntades entre particulares con posibles efectos en el futuro. Nos referimos a la gran extensión de contratos, testamentos, acuerdos matrimoniales, constituciones de dotes, transmisiones de derechos sobre bienes, y cómo no, el tráfico privado en su totalidad. Se puede hablar, por tanto, de una hipertrofia documental en el proceso en cuanto a la propia documentación procesal, pero además, va creciendo considerablemente el hecho documental privado que se aporta como medio probatorio en los pleitos. Se admite como principio general que la expresión escrita es superior a la expresión oral, y que de los documentos nace una fuerza que vincula a las partes que intervienen en su creación, ante ellas mismas y ante terceros. El sentido de la existencia de los documentos era reconocido por los autores en general, sobre todo los prácticos, y puede servir de ejemplo lo que pensaba **Gomez Negro** sobre lo escrito:

"no hay duda que la escritura es el medio más seguro de conservar la memoria de los hechos, señaladamente cuando pasan entre particulares, más aunque ellos privadamente los escribiesen y se valiesen de testigos, muertos estos y los contrayentes, no merecían fe sus escritos, como que la sociedad no podía tener gran confianza en unos y otros, ya porque sus firmas podían fácilmente

fingirse, y también porque no todos tendrían la instrucción necesaria para exponer su intención en los términos que la concebían, y podían por consiguiente firmar obligaciones que no querían contraer".⁵⁷⁰

Como prueba, los documentos constituyen un medio objetivo y tasado que se ve enfrentado a la prueba de testigos en cuanto a su valoración y credibilidad; aunque se hable de documentos con carácter general, late en el fondo la distinción entre **documento privado** y **documento público**, pues constituyen elementos probatorios con distinto valor y diferente importancia. Los documentos que se aportaban en los pleitos, en principio, eran privados pues afectaban a la esfera de la actividad privada de las personas; posteriormente, para validar el documento en sí y que no pudiese ser puesto en duda, se recurría a la autorización por testigos: el acuerdo de voluntades se hacía ante personas ajenas al negocio básico, pero que con su presencia lo autentificaban: eran la garantía de la ausencia de falsedades y de que el contenido del documento se correspondía con la realidad. Es desde el momento en el que los testigos empiezan a ser sustituidos por oficiales reales en la función autenticadora, cuando se puede empezar a hablar de **documentos públicos**, frente a aquellos documentos en los que se recogían voluntades personales sin la intervención de terceros, es decir, en la esfera auténticamente privada. El adjetivo de públicos se correspondía a una antítesis de privacidad, al hecho de que estos documentos estuviesen autorizados y autenticados por oficiales reales, y a que su contenido **se podía hacer valer frente a terceros**. Por supuesto que el valor y la fuerza de probar de unos y otros documentos no era la misma; los documentos privados podían ser impugnados con mayor facilidad que los públicos que necesitaban la declaración de más de tres testigos en contra de su contenido. Partiendo de su valor dudoso para ser aportado en una contienda judicial,

⁵⁷⁰ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 95.

el documento privado existe y aparece presentado como prueba en los pleitos, pero cede en importancia al documento público por las mayores garantías que encierra éste en cuanto a resultados y efectos. Es importante considerar este aspecto, pues a él va unido el crecimiento de la actividad y de la presencia social de los escribanos públicos con las consecuencias socio-económicas que esto supuso. Por eso, al hablar de los documentos como medio de prueba, en la mayoría de los aspectos se está teniendo en cuenta el documento público, por su mayor incidencia procesal, tanto por su volumen como por sus efectos.

9.1. La prueba por documentos. Qué es un documento, sus clases y requisitos.

Los documentos como medio de prueba no llegan a alcanzar en el período que nos ocupa el mismo volumen que llega a tener la prueba de testigos, pero sí se puede decir que su utilización está patente en los pleitos, siempre que las partes tengan acceso a este medio, pues en caso contrario han de recurrir a probar por testigos los hechos sobre los que no hay constancia por escrito.

Se llevan al pleito los documentos privados, pero sobre todo se encuentran documentos hechos ante escribanos como el medio más seguro de demostrar las voluntades de las partes. Estamos ante un medio de prueba de **carácter objetivo** que queda fuera de la esfera de intervención personal, y como tal medio objetivo se puede estudiar de una forma más despersonalizada de los que hacen necesario conocer la prueba de confesión y la prueba testifical. Aunque en principio su creación depende de la voluntad de las partes y de las manifestaciones de su forma de pensar y de sentir, pierde el documento su vinculación con las personas que lo crean, desde el momento que su contenido tiene valor por sí mismo y se hace inatacable e indiscutible, es decir se objetiviza y se desvincula de su origen personal. Adquiere así el

documento, como medio material de recoger los acuerdos entre particulares, su propia entidad fuera y dentro del proceso; es un objeto utilizable por aquel o aquellos a quien beneficie, y así se hace cuando se presenta con la petición inicial o con la contestación a la demanda el instrumento en el que la parte basa su derecho para pedir o contestar; o cuando se aportan en el periodo de prueba, o bien cuando las partes piden que tengan valor de probar y demostrar aquellos documentos que se presentaron en la fase inicial o de alegaciones. La objetividad del documento, tanto privado como público, está garantizada, y precisamente este carácter no personal es lo que hace que los documentos se tengan en cuenta como una prueba, que por quedar fuera de la intervención o aportación de las partes del pleito, puede garantizar su contenido como algo estable y seguro.

En lo que se refiere al estudio de los documentos como medio de probar, como se hace inevitable seguir a la doctrina y a **Las Partidas**, hay que tener en cuenta que al hablar de **documentos** los autores y las leyes se refieren a lo que se entiende por **documento público**, por lo que el análisis de los documentos privados, o no públicos, que se aportaban en los pleitos, se hará por separado.

Partiendo de aquí, documento en general viene a ser *expresión escrita del pensamiento y la voluntad, materializada en papel, y que se refiere a hechos ocurridos con anterioridad a la iniciación del proceso*, y desde el punto de vista probatorio es un medio de prueba **objetivo y tasado**. Se parte de que la escritura es el medio más seguro para conservar la memoria de los hechos,⁵⁷¹ y como los documentos escritos entre particulares, en privado aunque fuese con intervención de testigos, llegaba un momento en que se podía dudar de su autenticidad por haber desaparecido los contrayentes o los testigos, se fue creando la necesidad de que estos **escritos**

⁵⁷¹ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 94.

entre particulares se hiciesen ante determinados oficiales públicos nombrados por los Concejos o por el Rey para que con su firma autorizasen el contenido de lo que aparecía escrito, que se entendía como escrito por el propio oficial y dicho ante él mismo. Estos oficiales gozaban de **la confianza y la fe pública**, y de ellos se valían los particulares para hacer escribir los hechos y contratos, si querían que la sociedad diese crédito a estos escritos.⁵⁷² Desde el siglo XIII la definición de documento público se ciñó a la que se hacía en **Las Partidas** como *toda carta que sea fecha por mano de Escribano público de Concejo, o sellada con sello del Rey, o de otra persona auténtica, que sea de creer, nace de ella gran pro, pues es testimonio de las cosas pasadas y averiguamiento del pleito sobre el que es hecha*.⁵⁷³ En la misma definición están recogidos los dos tipos de escrituras que se entiende tienen el valor de documento público o auténtico. *Público* sería el que se hace ante Escribano Público, y *auténtico* el que está hecho, firmado y sellado por personas revestidas de autoridad real, señorial, eclesiástica o señorial.⁵⁷⁴ Por lo tanto, la idea que recogen **Las partidas**, y que transmiten a los autores jurídicos, es que una escritura para que tenga efectos probatorios, ha de ser hecha por escribano público, o bien confeccionada por las personas que están revestidas de una cierta autoridad, lo que equivale a decir que *ex officio*, con la utilización de signos identificativos, autorizan un documento como inequívocamente expedido por la persona o agrupación que le confiere valor intrínseco. **Documento auténtico** es aquel que hace fe por sí mismo, por estar autorizado con el sello de

⁵⁷² Ibidem.

⁵⁷³ P.P. 1.18.3. Es importante destacar que este título de Las Partidas es uno de los más extensos de la Partida III, pues tiene 121 leyes, lo que es un indicativo de la importancia que ya en este momento se daba a los documentos.

⁵⁷⁴ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 90.

quien le hizo,⁵⁷⁵ y aunque se pueden confundir documento público y documento auténtico, éste último no es público por no otorgarse ante persona pública y testigos, ni con las solemnidades que se exigen para su valor y por lo tanto no se puede oponer frente a terceros; por el contrario, todo documento público sí tiene el valor de auténtico, aunque ambos son estables y hacen fe de su contenido.⁵⁷⁶

Depende por lo tanto el valor y eficacia de un documento que éste esté hecho teniendo en cuenta unos determinados requisitos, que si no son respetados pueden hacer que el hecho documental pierda su valor, en todo o en parte. Como se explicará mas detalladamente al hablar de la elaboración y confección de los documentos públicos, conviene aclarar, que siendo una escritura pública un instrumento que hace fe, no sólo entre los que hayan intervenido en ella, sino frente a terceros, debe reunir unas garantías de forma y solemnidad que hagan suponer que el negocio subyacente es válido, precisamente en base a las formalidades que se le exigen y que adquieren valor constitutivo, de ahí su objetivación respecto de los intervinientes. En primer lugar, se exige a un documento, para que tenga la condición de público, que esté firmado por escribano público de número de los pueblos. La doctrina entiende que siempre tienen prioridad los escribanos públicos y del número sobre los reales, que podrán en ausencia o por carencia de escribanos del número; es la condición que garantiza que el escribano ha pasado el control del examen por el Consejo, y por lo tanto conoce su oficio y es persona honesta.⁵⁷⁷ De esta exigencia se deriva el hecho de que no se tengan en cuenta los documentos expedidos por Notarios

⁵⁷⁵ Si fuere sellada con sello del Rey, de Arzobispo, o de Obispo; de Cabildo o de Abad bendito, o maestro de orden de caballeros *debe valer como aquel que la mandó sellar para probar aquello que en ella fue escrito*. P.P. 114. 18. 3.

⁵⁷⁶ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 163.

⁵⁷⁷ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 90 y N.R. 1,2. 25. 4.

Eclesiásticos, ni el que haga el escribano en favor suyo o de alguno de sus familiares⁵⁷⁸ ; y cuando se pretenda hacer valer una escritura autorizada por escribano de un lugar lejano al del pleito, se ha de certificar la firma por otros escribanos del número del mismo lugar. En segundo lugar, para hacer fe han de reunir todas las solemnidades exigidas, pues no hacen fe las escrituras en las que falten los nombres de los contrayentes, del escribano y de los testigos; las firmas, las fechas y el asunto sobre el que se otorgó así como el registro y protocolo; lo mismo ocurriría si el documento está roto o cancelado en alguno de estos extremos. En cuanto a las solemnidades, es importante la observación hecha por **Hevia Bolaños** por la que recuerda, que según la doctrina general, las partes no pueden renunciar a estas solemnidades que son parte constitutiva del propio acto jurídico.⁵⁷⁹ Por último, la fuerza del documento público se deriva del protocolo del escribano, que es la base de su valor al exterior, pues el crédito del instrumento está en relación con el protocolo del que procede, que debe ser conservado por los escribanos evitando su destrucción. El protocolo es la garantía de la autenticidad y contenido de las copias que por el escribano se expidan.⁵⁸⁰

La exigibilidad de estos requisitos deriva de su valor constitutivo del documento, pues en ausencia de alguno de ellos, o existiendo un vicio en su elaboración, el documento puede estar viciado de nulidad y por lo tanto su valor como elemento probatorio quedaría desvirtuado.

9.2. El otorgamiento de una escritura pública: como se produce su elaboración.

Del origen del oficio de escribano y de cómo después quedó fijado, nacen muchas de sus

⁵⁷⁸ HEVIA BOLAÑOS, Ibidem.

⁵⁷⁹ HEVIA BOLAÑOS, Ibidem.

⁵⁸⁰ Para una explicación conjunta de este tema, sigue una línea metodológicamente válida JORDÁN DE ASSO en sus "Instituciones del Derecho Real de Castilla" . pags 302 y ss. El autor para hacer su exposición sigue LAS PARTIDAS, NUEVA RECOPIACIÓN y la disertación sobre el tema de PAREJA al que remite.

prácticas y formas de trabajo, que una vez que se regularon por las leyes, quedaron como las formalidades a respetar para que lo que un escribano hiciese pudiese ser tenido como válido. Las formalidades que las leyes exigían en las escrituras, estaban en función de asegurar cuanto fuese posible los derechos, el honor y la vida de los ciudadanos;⁵⁸¹ y se valoraban desde un punto de vista garantista, con lo que quedaban revestidas de un carácter de esencialidad para el propio documento.

Si en un principio los escribanos se limitaban a extender los contratos o manifestaciones de voluntad que se les solicitaban, entregándoles el original, pero por instinto comenzaron a llevar un registro o índice de las escrituras que hacían, por su propio interés, y al mismo tiempo conservaban el borrador o minutario que ellos utilizaban para después confeccionar la escritura original y definitiva, que con el tiempo no se entregaba al solicitante sino que formaba parte de un libro de papel seguido que se llamó protocolo, quedando custodiado y archivado por el escribano, que le daba una copia a las personas intervinientes en la escritura.⁵⁸² Y además de esta copia primera o auténtica, que tenía el verdadero valor documental de la escritura original, del documento protocolizado se podían extraer más copias o traslados que necesitaban estar hechos con una serie de garantías para a su vez tener valor de probar. De estos cuatro elementos, **minutario, registro o protocolo, original y traslado** está formado el andamio de trabajo de los escribanos.

Desde el momento de su consolidación como un oficio que procedía de nombramiento real, que estaba controlado por los órganos de la propia monarquía, y en el que las personas depositaban su confianza o fe, haciendo con todas estas circunstancias que los documentos que

⁵⁸¹ GOMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 97.

⁵⁸² Ibidem.

ellos hacían tuviesen el valor de que su contenido era cierto. Aunque luego se verá cuales eran los elementos que toda escritura debía contener para ser válida, y que los escribanos no podían dejar de tener en cuenta, vamos a seguir el recorrido de los elementos que se han mencionado para en cada paso detenernos y analizar su sentido y justificación.

1º.- El minutario.- Cuando las personas que pretenden del escribano la confección de una escritura en la que plasman sus acuerdos de voluntad o sus declaraciones, le han de explicar en qué consisten sus intenciones; en esta entrevista los escribanos tomaban nota del contenido de la escritura *en un cuaderno de papel común* que utilizaban para después pasarlo o transcribirlo extensamente al protocolo. Aunque el origen de este borrador está en la práctica del oficio, los minutarios fueron adquiriendo la fuerza que les daba la propia realidad: eran un útil instrumento de trabajo con entidad propia; de ahí que para algunos autores el minutario de un escribano pudiese, en caso de duda, ser aportado como prueba procesal, siempre que se completase con declaraciones de testigos, pues puede el interesado pedir al juez que dé por legítimo el minutario y lo mande protocolizar.⁵⁸³ En este sentido es importante la opinión de SALA, no sólo por su contenido en sí misma, sino también por ser un autor muy difundido entre los juristas prácticos lo que hace suponer que influyese en la opinión de otros autores.⁵⁸⁴

"A este **Minutario** no se le puede negar la calidad de original, como que lo es con toda propiedad, como que es la primera escritura [...] que se formó a presencia de los otorgantes en los términos que expresaron querer, cuyas circunstancias faltan a las escrituras extendidas en el **protocolo**; no parece poder dudarse que se debe más fe a ellos que a éstas, cuando se observase alguna discordancia. Pero como en los dichos minutarios hay las veces borrados y enmendados, y no se cuida salvarlos, y por no estar

⁵⁸³ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 97. Es frecuente pedir la protocolización de testamentos que se han hecho sin escribano, y de los minutarios cuando ha muerto el escribano antes de haber extendido en el protocolo las escrituras que contiene.

⁵⁸⁴ GÓMEZ NEGRO, posterior a Sala, le refiere en su explicación del trabajo de los escribanos y recoge como válidas estas opiniones.

custodiados y recabados como corresponde, es fácil a cualquiera mal intencionado el corromperlos, y al mismo tiempo hay escribanos que no los conservan como deben; nace de ahí, que no son respetados y atendidos como se merecían si estuviesen buenos. Si se presentaren algunos enteros y perfectos, siempre sería de dictamen, que deben ser preferidos a los Protocolos, por más campanillos que se pongan a estos, como no fuera el de que antes de firmar las escrituras extendidas en el se hubiesen de leer a las partes, y de ellos y de su aprobación costase allí mismo.⁵⁸⁵

En resumen, el minutario es un instrumento de trabajo de los escribanos, y al mismo tiempo una base documental de la que pueden obtener documentos auténticos si se pide su protocolización ante un juez, con lo que su contenido, un resumen abreviado de lo que ha de constar en la escritura definitiva, es el sustrato para la elaboración de otros documentos.

2º.- Registro o protocolo.- Con las notas que ha recogido abreviadamente el escribano en su minutario, se lleva a un libro de papel continuo, que se llama registro o protocolo, el negocio que las partes quieren hacer por escrito. En esta redacción se ha de prescindir de los términos ambiguos y abreviados pues lo que allí se escriba es la base del documento original. Es pues este documento **la escritura matriz que se otorga y queda en poder del escribano**, para ser guardada y conservada, y al mismo tiempo de ella extraer la escritura original que se entregará a los interesados, y servir de referencia para las dudas que puedan surgir a posteriori.⁵⁸⁶ Es por lo tanto el registro o protocolo un documento que no se entrega a terceros, pero que sirve de base y referencia de la escritura original, y por lo tanto ha de estar sujeto a determinadas circunstancias. El registro es un libro cuya finalidad es el tener presente las escrituras que se hacen, pues si estas se pierden o deterioran, o son puestas en duda, partiendo del registro se pueden obtener las perdidas y restaurarse la deterioradas. Además, a partir del registro de

⁵⁸⁵ SALA, Ob. Cit. Pág. 207.

⁵⁸⁶ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 91.

escrituras pueden destruirse las dudas que contra un documento se puedan argumentar.⁵⁸⁷

Doctrinalmente se consideraba el **registro** como *escritura matriz que se otorga y queda en poder del Escribano, cuya introducción y uso es para estar en guarda, por forma de que se saque y transcriba el original, y determinen por ella las dudas que en él se ofrecieren*,⁵⁸⁸ y materialmente el protocolo o registro de un escribano es un **libro** para evitar las introducciones de nuevos documentos o añadidos. **Las Partidas** no hacen ninguna referencia a este libro, solamente se limitan a mencionarlo, pero la legislación real posterior se dedicó a fijar con claridad y exactitud las circunstancias que se dan en el oficio de los escribanos.⁵⁸⁹ Se obligaba a los escribanos a tener un libro de protocolo encuadernado, de pliego de papel entero, en el que tenían que escribir las notas de las escrituras que ante él se hiciesen; las notas debían contener toda la escritura en su extensión, especificando datos, condiciones y cláusulas. Las notas que se recogen en el protocolo deben ser leídas a las partes y firmadas por éstas y los testigos presentes, y una vez hecho no podrán ser modificadas. Se exige la existencia del asiento en este libro de cualquier escritura para poder ser entregada a las partes que intervienen.⁵⁹⁰ Los libros de registro de los protocolos deben ser guardados y coservados por los escribanos que los extienden y tienen sobre ellos el deber de secreto, pues no pueden ser exhibidos, salvo a determinados oficiales reales, como el sellador y el notario, o por orden real o judicial.⁵⁹¹ Sobre el deber de guardar bien los libros se insiste en la

⁵⁸⁷ P.P. 8.19.3.

⁵⁸⁸ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 91.

⁵⁸⁹ LA NUEVA RACOPILACIÓN recoge en el título 25 del libro 4, bajo el epigrafe: "De los escribanos del concejo, públicos y del número, hasta 48 leyes, la mayoría del siglo XVI, en las que se regulan las actuaciones de los escribanos detallada y minuciosamente. Es ciertamente curioso el hecho de la extensión de este título, pues coincide con el también extenso título 18 de la Partida Tercera, igualmente dedicado a los escribanos y al ejercicio de su oficio.

⁵⁹⁰ Pragmática dada por Isabel en Alcalá el 7 de junio de 1503. N.R. 8.25.4.

⁵⁹¹ P.P. Ibidem.

Pragmática dada en Alcalá por Isabel en 1503, ordenando que los escribanos sean diligentes en guardar bien los libros de los registros y protocolos, y los procesos que ante ellos pasasen,⁵⁹² como una obligación específica de su oficio dirigida precisamente a proteger los libros de protocolos, como la base documental que era y la trascendencia de futuro que tenían.

3º.- Escritura original. El negocio o las manifestaciones que se hacen al escribano para que lo formalice en una escritura o documento público, queda por lo tanto anotado y transcrito en el protocolo, pero dado que ese protocolo queda en su poder y custodia, a los interesados les ha de facilitar una copia de lo escrito, copia que tiene valor de auténtica, para que puedan hacerla valer en su favor ante autoridades o particulares. Por lo tanto, una vez hecha la escritura, con las formalidades acostumbradas, los contratantes, sobre todo aquel a favor de quien se otorga el negocio, suelen pedir *copia de ella como que es el garante de sus derechos, y el escribano no puede menos de dársela inmediatamente que la haya extendido en su protocolo.*⁵⁹³ Hará y entregará al escribano una **primera copia** que se llama original y como tal se entiende que es respecto a lo escrito, por entregarse en el mismo acto, merece la misma fe que el protocolo, aunque no lleve las firmas de los intervinientes y sólo la cláusula que dice *a su otorgamiento presente fui.*⁵⁹⁴ Este original que se extrae de la matriz, hace fe si está autorizada por el escribano ante quien pasó *y no por otro aunque sean ciento.*⁵⁹⁵ El valor de esta primera copia original hace fe plena como si de la primera inscripción se tratara,⁵⁹⁶ no sólo por la autenticidad de lo que recoge por lo inmediato de su confección: a presencia de las partes y siéndole leída, sino porque

⁵⁹² N.R. 16.25.4.

⁵⁹³ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 98.

⁵⁹⁴ Ibidem.

⁵⁹⁵ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 91.

⁵⁹⁶ SALA, Ob. Cit. Pág. 210

la ley obliga a la entrega de la escritura original a la parte que la pide en el mismo momento o a los tres días primeros siguientes, con lo que la obligación de esta entrega hace que la copia primera que se da a los intervinientes, al hacerse ex lege, actúa como una validación de esta escritura original.⁵⁹⁷

4º.- El traslado.- Además de esta primera copia que por sí misma tiene el valor de un documento original, y en base precisamente al protocolo, puede ocurrir que por pérdida del original o primera copia, o porque el juez necesita para su información otra copia, los escribanos hayan de hacer escrituras que teniendo en cuenta determinados requisitos, tendrán también el valor probatorio de un documento original. Esta posibilidad aparece recogida en **Las Partidas** cuando se admite que la escritura original que entrega el escribano puede dejar de estar en poder de la persona a la que se le entregó; en ese caso acudiría de nuevo al escribano para que se la hiciese otra vez; y el escribano, valorando si la escritura se refiere a negocios en los que no se puede causar perjuicio a las partes si se emite una nueva copia, debe darla; y por el contrario, si la escritura contiene reconocimiento de deuda, o acuerdo similar, en el que se puede perjudicar a alguien exigiendo sus cumplimiento más de una vez, en estos casos no debe entregar el escribano la copia que se le pide. Ahora bien, si la persona que ha perdido su escritura de deuda, acude al juez, jurando que la ha extraviado y que no va usar maliciosamente de ella, y el juez llama al deudor que reconoce la deuda, en estos casos el juez ha de ordenar al escribano que haga la copia, que entregará a la parte y de la que el juez ha de tomar nota.⁵⁹⁸ Indudablemente estas copias documentales, pueden ser aportadas como documento público, y tienen pleno valor probatorio, y esta *originalidad* deriva de la autenticación que de ella hace el escribano al

⁵⁹⁷ N.R. 15.25.4.

⁵⁹⁸ P.P. 10.19.3.

otorgar la copia que se le pide, lo que se puede aplicar a las copias que ha de otorgar escribano distinto del que originalmente intervino en el documento inicial, pues si se hace con intervención del juez y contradicción de las partes, estas escrituras son válidas como prueba y frente a terceros.⁵⁹⁹ Para algún autor, la autorización del juez y la contradicción no han de ser necesarias para dar valor auténtico al **traslado**, cuando es el mismo escribano quien hizo el original, haciendo falta las exigencias anteriores sólo en los casos en los que es distinto escribano el que expide la copia del que extendió el original.⁶⁰⁰ El efecto probatorio será el mismo que el de la escritura inicial, aunque se haga sin solemnidades, siempre que no sea impugnado por la parte a la que puede afectar y perjudicar, y cuanto el derecho a que se refiere, si está consolidado después de treinta años, tendrá validez aunque el traslado sea antiguo *pues más crédito se debe dar a los instrumentos antiguos que a los dichos de los testigos, porque la memoria de estos es débil, mutable y falible y las palabras de los instrumentos firmes y constantes y la antigüedad tiene lugar de ley y verdad.*⁶⁰¹ Se puede observar una cierta tendencia de los autores, que se basan en la práctica de los tribunales, en admitir como norma general la validez probatoria de los traslados de escrituras, y sólo excepcionalmente, si son impugnados por los contrarios, podrán ser discutidos y no tenidos en cuenta.

En la forma de elaborarse el documento se han tener en cuenta unos **elementos constitutivos**, que son esenciales para que la escritura tenga valor; se convierten así estos elementos en **requisitos** necesarios a tener en cuenta en la confección de una escritura, que cuando no son observados hacen que el documento sea nulo y su valor probatorio sea ninguno.

⁵⁹⁹ SALA, Ob. Cit. Pág. 210. El autor opina que los requisitos formales no están en uso y por lo tanto no han de ser tenidos en cuenta, salvo la autorización del Juez.

⁶⁰⁰ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 91.

⁶⁰¹ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 162.

Si hasta ahora hemos hablado de **formalidades estructurales** al referirnos a los tipos de registro y de escrituras, lo que se trata a continuación es de examinar aquellas circunstancias que los escribanos han de seguir para la confección material del documento; nos referimos pues a elementos esenciales de esta confección

En primer lugar, deberá el escribano autorizante reconocer a las partes que ante él comparecen y que son los intervinientes en el negocio y por lo tanto en el documento. Los escribanos no pueden hacer ninguna escritura sin conocer a alguna de las partes que intervengan (en la ausencia de este conocimiento, se presentará a dos testigos que responderán de la identificación, haciendo mención de esta circunstancia al final de la escritura con el nombre de los testigos, lugar de procedencia y fuente de conocimiento de los otorgantes).⁶⁰² Aunque se piensa que este requisito, de presentación por testigos, si no es tenido en cuenta no hace nulo el documento,⁶⁰³ sí es imprescindible que figuren los nombres de los otorgantes⁶⁰⁴ y el origen del conocimiento que de ellos tenga el escribano.⁶⁰⁵ Se trata con estos preceptos de asegurar las identidades de los intervinientes, y teniendo en cuenta que salvo que el escribano conozca a uno de ellos (que a su vez sería testigo de la identidad de la otra persona), la única manera de probar o demostrar quien es cada uno, es la referencia de terceros, de ahí que se exija que las personas que comparecen ante un escribano para otorgar un negocio, se identifiquen por terceras personas que les conocen.

En segundo lugar, en las escrituras han de constar el lugar en el que se otorga, el día,

⁶⁰² GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 96.
N.R. 14.25.4

⁶⁰³ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 91.

⁶⁰⁴ P.P. 55.18.3.

⁶⁰⁵ N.R. 14.25.4.

mes y el año, y por supuesto, los nombres de los otorgantes y de los testigos ante quienes se haga.⁶⁰⁶ Indudablemente, ha de escribirse lo que las partes otorgan en toda su extensión, declarando quienes son los que otorgan y que es lo que se otorga, *especificando todas las condiciones y partes, cláusulas y renunciaciones, y sumisiones que las dichas partes asientan.*⁶⁰⁷

Una vez que se ha escrito el verdadero contenido del negocio que se hace entre los intervinientes, y el escribano lo ha anotado en su protocolo, les debe leer a las partes lo que ha escrito para que en caso de desacuerdo, se salve antes de firmar el documento, firma que han de signar los intervinientes ante el escribano, y en caso de no poder hacerlo porque no saben firmar, lo harán a presencia de algún testigo, circunstancia que tambien se hará constar en el final de la escritura.⁶⁰⁸

Quedan por último otras dos exigencias de tipo formal para validar un escritura hecha por escribano. En la confección material de la escritura se exige a los escribanos que cuiden lo que escriben y como lo escriben, sin incluir las abreviaturas de las que se valían normalmente en otros documentos, y sin utilizar guarismos, incluso para las fechas,⁶⁰⁹ no debiendo recurrir a las menciones por iniciales en los nombres propios de personas o de lugares.⁶¹⁰ Y finalmente mencionar la obligación de los escribanos de utilizar el **papel del sello** según una disposición de 1637⁶¹¹. En los motivos preliminares de esta norma, se argumenta la proliferación de escrituras falsas hasta llegar a tales términos *que ni bastan las dispuestas por mis leyes reales, ni el temor*

⁶⁰⁶ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 90.
N.R. 14.25.4.

⁶⁰⁷ Ibidem.

⁶⁰⁸ Ibidem.

⁶⁰⁹ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 96.

⁶¹⁰ P.P. 7.19.3.

⁶¹¹ N.R. 44.25.4.

de sus penas, ni diligencias de mis justicias con los perjuicios que supone, máxime teniendo en cuenta la extensión de los reinos que dificulta su control. Para evitar esta situación se ordena escribir los instrumentos en pliegos de papel en los que estará estampado un sello, con cuatro clases para según la importancia del negocio que contenga. La utilización del papel de sello no invalida el resto de solemnidades o requisitos que la ley exige, sino que añade uno nuevo *como norma sustancial*.⁶¹² Desde el momento de la promulgación de esta ley, serán nulas las escrituras que se otorguen sin este requisito, y los escribanos que las confeccionasen, o los jueces y otros letrados que las utilizasen o hiciesen valer, serán castigados con penas pecuniarias, de pérdida de sus oficios, y hasta corporales. Se establecen a continuación los cuatro tipos de sellos, que se imprimirán en pliegos de papel, según la calidad y cantidad de cada negocio; a estos cuatro sellos hay que añadirles el de **ilustres**, el de **oficio** y el de **pobres**. Esta norma fue completada, desde luego tardíamente, por una orden dada en 1794 por la que se prohíbe el uso del sello negro con las armas de Castilla y León, y que tenía **franquicia para las cartas**, en todos aquellos casos en que no se trate de negocios de oficio, imponiendo las penas correpondientes para el caso de contravenir la orden, y por supuesto para aquellos que falsifiquen el sello en cuestión.⁶¹³

9.3. La presentación de los documentos en juicio. Su cotejo y compulsas.

Los documentos, con valor de públicos y auténticos, pueden aportarse a lo largo de todo el discurrir procesal. En primer lugar, el demandante y el demandado deben aportar con la demanda y la contestación aquellos instrumentos en los que intenten fundar su derecho; con posterioridad, durante la prueba podrán presentar documentos tendentes a probar determinados

⁶¹² Ibidem.

⁶¹³ No.R. 20. 13. 3.

hechos, fuera de la argumentación jurídica. Pero además, las partes en los pleitos podían aportar, después de la prueba y antes de la sentencia, todos aquellos documentos que hubiesen llegado a sus manos con posterioridad al inicio del pleito, siempre que juren que no tenían antes conocimiento de ellos. Por lo tanto, la norma general es que los instrumentos se aporten al proceso en el momento en que tanto el actor como el demandado hacen sus primeras alegaciones, pero no se excluye la posibilidad de poder presentar documentos hasta el momento de la citación para la sentencia, tal como lo indica la práctica: *cuando se ponen las demandas, e intentan los pleitos, en todo género de Tribunales se deben presentar al mismo tiempo todos los instrumentos que la parte tuviere para justificación, y así por esta razón hacen juramento, queriendo decir en él que ahora llega a su noticia para presentarlos, que a esto sólo mira el juramento y porque se hace*.⁶¹⁴ La obligación de los participantes en toda contienda judicial de aportar con su petición y sus alegaciones iniciales los documentos que sirven de base para su reclamación, está recogida en la legislación real posterior a Las Partidas cuando se entiende que el demandante, si puede probar su demanda por escrituras las presente al inicio del pleito, y el demandado debe hacer lo mismo que el actor en cuanto a la presentación de las escrituras que hubiere de presentar para su defensa:⁶¹⁵ *el actor la ha de presentar [la escritura] con la demanda y el reo con las excepciones. Y sólo después han de jurar que viene de nuevo a su noticia [...]*. Al mismo tiempo que el actor presentaba su escrito de demanda, con el poder del procurador debía aportar, si estaba en su poder el documento o documentos en los que basaba esa petición: en el pleito sobre **evicción de una compraventa de tierras** es indispensable demostrar la existencia de esa compraventa, y así lo hace el demandante, especificando en el escrito inicial que la obligación

⁶¹⁴ FERNÁNDEZ DE AYALA Y AULESTIA, Ob. Cit. fol.5.

⁶¹⁵ N.R. 1y2. 2.4.

de evicción y saneamiento *consta en la escritura de venta que presento con el juramento necesario*, escritura fechada en 1685, cuando el pleito se inicia en 1708. El documento en cuestión es primera copia u original sacada en el mismo día de otorgamiento de la escritura por el escribano del Ayuntamiento de Olmedo, y recoge la venta efectuada al padre del demandante por los padres de los demandados.⁶¹⁶ Mediante el documento Antonio Redondo y María Hernandez, que actúa con licencia para aceptar y usar, venden a Diego Nieto una serie de tierras como propias y libres de toda carga; se delimitan los lindes de las fincas y se indica la procedencia de la adquisición anterior, se señala la capacidad de las tierras por obradas y el precio en que se vende cada una, indicando el valor por obrada. En el acto se dá carta de pago y se traslada la propiedad y la posesión de las tierras, comprometiéndose al saneamiento y la evicción, que es la acción que se está ejercitando por el heredero del comprador. Es semejante la situación que se produce en un pleito en el que lo que se pide es la nulidad de una venta de tierras y su escritura⁶¹⁷; en el momento de personarse el demandado y contestar a la demanda presenta y jura la escritura debatida, en la que él mismo está fundando su derecho. La escritura en cuestión es efectivamente testimonio de la primera copia, u original, que está expedida por el escribano otorgante en el mismo día en que se hace la venta, sólo un año antes de que el pleito se plantee. En el documento, además de los nombres de los otorgantes y de la descripción de las tierras que se transmiten, tanto por sus lindes como por sus cargas (está gravada con un censo perpetuo a favor del Hospital Ganeral de Segovia), se otorga carta de pago por el precio de la venta, se renuncia a determinadas leyes romanas y del ordenamiento real, trasmitiéndose la propiedad y la posesión y se regulan las obligaciones derivadas de la transmisión, dándole a la

⁶¹⁶ CHA, VALL. P.A. 3782-4

⁶¹⁷ A.H.P.S. J-1027/28

escritura el valor de **guarentigia**, lo que suponía poderla ejecutar como si de un título se tratase.

El sentido de la exigencia de aportar los documentos en el inicio de la contienda está en que las partes tienen que conocer lo que la contraria intenta demostrar y como lo intenta demostrar, para que pueda oponerse al documento por considerarlo no auténtico o nulo. Pero pese a esta norma, la práctica fue admitiendo la posibilidad de presentar los documentos que no estuviesen en poder de cada parte en el momento inicial,⁶¹⁸ o que incluso la parte los desconociese, basándose en el valor objetivo del documento, pues a los escritos no se les admite la sospecha de ser alterados como ocurre con los testigos, que pueden ser buscados y falseados.⁶¹⁹ El sentido de las leyes en su exigencia de presentar los documentos en el momento inicial deriva de la posible actitud maliciosa consistente en retardar su presencia en el pleito con el fin de dilatar la causa y causando un perjuicio a la parte contraria, pero este temor queda salvado por medio del juramento que se le exige a la parte que presenta documentos extemporáneos, diciendo que el documento lo ha conocido después y que es fundamental para probar su posición.⁶²⁰ Además, el sentido de esta actitud procesal nace también de la realidad objetiva del desconocimiento de la existencia de determinadas escrituras, o de la imposibilidad con la que se podían encontrar las partes para tener acceso a determinados instrumentos, por lejanía de los archivos o de los protocolos, realidad que no podía ser ignorada y que si no se tenía en cuenta también se causaba un perjuicio a quien se intentaba valer de tales instrumentos probatorios.

⁶¹⁸ La única norma que puede haber dado base para que esta práctica arraigase en los tribunales es una disposición dada en Alcalá en 1386, ley única del título 4 (N.R. 1.4.4.) en la que se habla de las excepciones que el demandado puede oponer a la demanda para lo que tiene un término perentorio de veinte días, tanto para alegarlas como para probarlas. Pues bien, este término puede ser alterado ya que se pueden admitir alegaciones fuera de este tiempo *con juramento de la parte de que se deben recibir y que no se alegan maliciosamente*. Es por tanto este juramento de ausencia de malicia en lo que se pretende lo que libera a las partes de actuar para perjudicar a su contraria, y al juez de la obligación de impedir que se actúe procesalmente en beneficio de una de las partes y en perjuicio de otra.

⁶¹⁹ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 114.

⁶²⁰ Ibidem.

Tenían los jueces el sentimiento del posible perjuicio que se causaba a quien intentaba presentar un documento fuera de su momento, pero también eran conscientes que el poder dispositivo de las partes le confería la posibilidad de dejar que fuese la parte contraria sobre la que recayese la obligación de oponerse o de impugnar esta presentación documental extemporánea.

Nos encontramos pues ante una cierta paradoja procesal en el tiempo, ya que se entiende que los documentos son medios probatorios, pero no tienen su aportación limitada al momento de la prueba, pues se exige que se aporten en el momento inicial aquellos que sean la base del derecho alegado o pretendido, y no se cierra la posibilidad de su aportación hasta el momento de las conclusiones; pero no por ello deja de tener sentido hablar de la aportación de documentos durante el periodo probatorio pues es indudable que también en este momento se pueden presentar, por supuesto siempre que no sean los fundamentales para justificar la petición o simplemente aquello que se refieren a hechos que tienen un carácter esencial en la contienda.

Importa en este momento del proceso la presentación de documentos, pues es dentro del término dado para probar el momento en que se puede y debe hacer la diligencia de cotejo, diligencia que por otra parte procede cuando se traigan a los autos documentos sin citación de la parte contraria y esta puede rechazarlos como falsos.⁶²¹ Nos encontramos pues con una actividad procesal que queda enmarcada dentro de lo que se entiende como prueba. Cuando se presentaban escrituras o varios documentos, se hacía con un escrito en el que simplemente se hacía constar el hecho de su aportación con juramento,⁶²² o bien se solicitaba que la escritura fuese comprobada con su original, con citación de la contraria, para lo que el escribano que la

⁶²¹ ORTIZ DE ZÚÑIGA, Ob. Cit. Pág. 48.

⁶²² FERNÁNDEZ DE AYALA Y AULESTIA, Ob. Cit. Pág. 4.

otorgó la tendrá que comprobar.⁶²³ **Comprobación y compulsa** son dos actividades distintas dentro de lo que es la actividad probatoria referida a los documentos en general. La **Comprobación** va dirigida al mismo escribano que otorgó la escritura en cuestión y el testimonio que de ella ha aportado la parte en el pleito, pues tiene que cotejar que lo que aparece en la copia testimoniada se corresponde con el original que está en su poder.⁶²⁴ Por el contrario, la **compulsa** la tiene que hacer el escribano al que se le encomienda la diligencia, pero sobre protocolos o archivos que no están en su poder, como pueden ser archivos civiles o parroquiales, para lo que el escribano está autorizado a poder exigir que se le exhiban.⁶²⁵ En principio esta actividad la ha de hacer el escribano de la causa, pero si el archivo del que se ha sacado el documento está fuera del lugar del pleito, habrá de librarse un despacho dirigido a la justicia del término en el que se encuentre el archivo en cuestión,⁶²⁶ lógicamente, pues es imposible hacer una comprobación con un documento original si no es en el lugar mismo en el que se encuentra registrado. Puede ocurrir que sea el escribano comisionado para hacer la prueba como receptor, el que se traslade al lugar en el que está ubicado el archivo para así hacer la comprobación, pues no deben ser sacados los documentos originales de los archivos públicos, ni los protocolos originales de los oficios de los escribanos, como tampoco los libros parroquiales de las iglesias *sino que se han de sacar y compulsar los instrumentos y partidas que se necesiten en el paraje que estuvieren custodiados, y a presencia de las personas a cuyo cargo esté confiada la seguridad de unos y otros.*⁶²⁷ Se corresponde este criterio con la idea del deber de custodia y

⁶²³ MARTINEZ SALAZAR, Ob. Cit. Pág. 174.

⁶²⁴ ESCOLANO DE ARRIETA, Ob. Cit. Pág. 360.

⁶²⁵ Ibidem.

⁶²⁶ ORTIZ DE ZÚÑIGA, Ob. Cit. Pág. 48.

⁶²⁷ Ibidem.

secreto que tiene los escribanos sobre los documentos que están a su cargo, y además está sancionada por una disposición dada por Felipe II en las Cortes de Madrid de 1586, confirmada por otra de Felipe V de 1703,⁶²⁸ en la primera se manda a los receptores no sacar de los archivos las escrituras originales, y en la segunda se prohibía sacar de las iglesias los libros parroquiales y de los oficios de los escribanos los protocolos originales, así como en general padrones y papeles originales de cualquier archivo. Por lo tanto, los originales se pondrán de manifiesto a las personas interesadas, para que en presencia de los responsables del archivo puedan tener acceso a la información que necesiten para hacer la comprobación. En el caso de que los archivos sean particulares, si los responsables de los documentos son parte en el juicio, se les puede obligar a que los presenten en el lugar del juicio para ser cotejados con las copias de ellos que ya estén aportadas, devolviéndoseles una vez hecha la comprobación.⁶²⁹ Puede ocurrir que los documentos originales precisados para ser aportados en un pleito ante un juez inferior se encuentren ya aportados en otro pleito ante un tribunal superior, en estos casos debiera mandarse un despacho "suplicatorio" a la sala a cuyo cargo está el asunto en cuestión, para que por el escribano que le corresponda se haga la copia con testimonio del original que allí se encuentra.⁶³⁰ Los documentos así compulsados se aportaban por la parte diciendo que *expedido el despacho que exhibo por el que mando compulsar varios instrumentos y los demás que pido [...] del pleito*

⁶²⁸ No. R. 15.10.11.

⁶²⁹ Ibidem. FERNÁNDEZ DE AYALA Y AULESTIA, Ob. Cit. Pág. 4.

⁶³⁰ FERNÁNDEZ DE AYALA. Ibidem.

Sobre el particular, se menciona el hecho en un pleito seguido ante el Alcalde Ordinario de la villa de Iscar entre 1751 y 1760; mediante una petición, el demandante dice que en año de 1734 ante la Justicia de la Villa, por testimonio del presente escribano, se siguió ejecución *contra diferentes particulares de dichos lugares, de pedimento de Maria García Orduña, como heredera de D. Andrés García de Orduña, capellán antecesor a mi parte sobre paga de réditos de un censo de dos mil doscientos cinco reales y treinta maravedís de principal, a favor de dicha capellania donde se halla presentada la escritura censual que pasó por testimonio de Esteban de Elias Laguna escribano que fue de este número en veintiocho de abril de mil seiscientos sesenta y cinco [...]*. CHAN, VALL. P.A. 3783-4.

*de tenuta que obra en la Escribania de Cámara del presente Escribano.*⁶³¹

La comprobación es en sí misma una actividad propia del escribano. Una vez que se haya hecho la citación a la parte contraria, se hace constar que se le exhibe el documento original o registro de la escritura, y los datos que se contengan del protocolo o archivo; a continuación el presentante del documento copiado del original lo va leyendo *verbo ad verbum* para así comprobar el escribano que coincide con el original; este es el momento de salvar los errores que se hayan podido cometer en la copia aportada.⁶³²

En la práctica estos cotejos y comprobaciones de documentos suponían una parte importante de la actividad probatoria encomendada a los receptores en los tribunales, y a los escribanos en los lugares menores, llegando a formarse con ellas verdaderas piezas separadas para prueba.

Analizamos a continuación una de estas piezas procesales, formada para hacer compulsoria para sacar escrituras en 1795 a petición de los demandados en el pleito de reclamación de gananciales seguido en Chancillería

La pieza numerada como primera en los autos, está encabezada por la **Real Provisión** dirigida al *escribano o escribanos en cuyo poder obrasen, o ante quien se exhibiesen, los libros sacramentales y demás instrumentos de que en esta nuestra carta y real provisión de hará mención*; el despacho sigue fielmente el esquema de estos documentos procesales, copiando íntegramente la petición que lo origina y el auto que resuelve sobre lo pedido. Dicen los demandados, que son los solicitantes de la prueba, que para presentar en el pleito, necesitan que por el escribano que corresponda *se les de copia o testimonio de las partidas de bautismo [de los*

⁶³¹ A.H.N. CONSEJO. 3.205.

⁶³² MARTINEZ SALAZAR, Ob. Cit. Pág 175.

tres demandados] como también testimonio en relación o con inserción de que lo que fuere señalado de la causa y autos de inventario de bienes y testamentaria, a consecuencia de la muerte del marido de la demandante, padre y abuelo de los demandados. Se pide también que la compulsoria de los instrumentos se haga con citación de la parte contraria, y para el caso de que estuviesen en poder de personas o archivos particulares, se les exija su exhibición. Ordenan el Presidente y oidores a los escribanos que hagan entrega de los testimonios que piden *escritos en limpio signados firmados en pública forma y manera* para poderlos presentar en la Chancillería, en el oficio del escribano de Cámara de la causa, en los que debe constar el estar citados en estrados un demandado rebelde y la parte demandante, *para que si quiere se halle presente, o nombre persona que lo esté, a verles dar, corregir y concertar con sus originales* que deberán devolver a las personas o archiveros que se los hayan entregado.

Dos días después de expedida la carta, aparece la citación hecha en Valladolid a la parte contraria en la persona de su Procurador, que dice que deben entenderse con su parte. Dos semanas después es requerido con la Real Provisión el escribano de Bembibre que dice partir hacia Ponferrada; llega en el mismo día y requiere al Corregidor para el cumplimiento de la carta, y a continuación sale hacia el lugar de Campo, que pertenece a la jurisdicción de Ponferrada; allí se dirige directamente a la casa habitación de María Gonzalez (que es la demandante y la contraria a la parte que ha pedido la prueba), donde la encuentra y le notifica, leyéndole la Real Provisión; *y sin embargo de estar teniente de oído, respondió que la había percibido y entendido*, en vista de lo cual el escribano la cita según se le ordena. A continuación, ocho días después, aparece la certificación de las partidas de bautismo, expedida en distinto lugar, Santibañez de Toral; para ello, el escribano de Bembibre, que fue a Ponferrada, de Ponferrada a lugar de Campo, y de aquí a Santibañez del Toral, le **hace presente** la Real Provisión al cura párroco del

lugar para que le exhiba y ponga de manifiesto el **libro de bautizados** para compulsar las partidas de bautismo que se le indican. Inmediatamente el cura le enseña un libro **forrado en pergamino de buelta y botón** que tuvo principio en el año de 1711, y en le folio 113 vuelto de los bautizados, alla el escribano la partida que copia literal. Una vez copiado el asiento registral, se **compulsa** con el original, con el que concuerda y que le devuelve al cura párroco, que para recibirlo, firma con el escribano.

Unos días después aparece una certificación emitida por el escribano de número y Ayuntamiento de Bembibre, luego, el escribano viajero ha vuelto a su punto de origen. La certificación hace referencia al expediente de cuentas y particiones de los bienes del marido de la demandante. La certificación incluye íntegramente el poder del demandante, la petición inicial y el decreto con el que juez porvee y dice que el inventario que se hizo esta autorizado por el propio escribano como los demás documentos del asunto *según que todo lo referido así más por menor y extenso con otras cosas resulta de los citados documentos, papeles o autos con que concuerda lo inserto, los cuales quedan en mi poder y archivo.*

Con este certificado termina el documento de prueba, que se presenta en el registro de Chancillería nueve días después de la última diligencia, y en el que constan los derechos en los que se incluye el registro, el sello y el traslado.

El contenido de los documentos que se aportaban al pleito en el momento de probar podía ser tan variado como el de los documentos iniciales; desde luego, el matiz por el que se diferenciaban unos y otros era impreciso, pues no afectaba de un modo objetivo a lo que el documento transportaba de la realidad, sino que más bien se trataba de una diferencia relativa en función de la necesidad de demostrar la existencia de un derecho o de probar la realidad de unos hechos. Si en los documentos iniciales se contenía el derecho en el que se estaba basando la

petición que iniciaba el proceso, aquellos instrumentos que se aportaban durante el tiempo que las partes tenían para probar iban dirigidos a demostrar la existencia de una situación de hecho o jurídica que servía para afianzar lo que ya se había alegado o para aclarar puntos que pudiesen estar confusos. Pero al fin, todos eran un trasunto de una situación anterior a los que se habían llevado intereses, acuerdos, convenios y realidades personales, económicas y sociales en fin, pues de todo aquello que las personas podían disponer por sí misma podía quedar constancia en los documentos, ya fuesen públicos o privados. Así, en periodo de prueba del **interdicto de obra nueva** planteado por la modificación de un corral en una zona colindante entre dos casas en el lugar de Morales, próximo a Zamora, es exhibido por el escribano del pueblo al escribano del pleito, que se sigue en Zamora, un **registro de instrumentos públicos originales** para testimoniar una escritura de compromiso entre Arbitros fechada en 1698 (el pleito se inicia en 1768). En ella, los entonces propietarios de las fincas litigiosas, para evitar las costas del pleito que tienen en Zamora por la salida de unos corrales, acuerdan someterse a la decisión de **dos árbitros** a los que nombran y *los eligen por jueces, árbitros y arbitradores y prorrogamos en ellos cumplida jurisdicción para que determinen el dicho pleito y diferencias*. Después de ver los árbitros nombrados el corral, llaman a los interesados para que expongan sus dudas, y oídos **determinan** sobre el conflicto en una serie de puntos, para decidir que el corral se quede como está, pero con unas mermas para su utilización; a este acuerdo arbitral, hecho en forma de escritura pública, se le da valor **ejecutivo** pues la escritura tiene valor de *guarentigia*.⁶³³ La parte que lo aporta intenta demostrar con este acuerdo que la situación de los corrales no puede modificarse

Un ejemplo del amplio contenido que podían tener las escrituras que se utilizaban para

⁶³³ CHAN. VALL. P.A. 2791-2.

probar en los pleitos, es una llamada **escritura de protesta** por la que un ejecutado por el cumplimiento de obligación, en el periodo de prueba, pide que se le entregue un mandamiento para compulsar un instrumento que otorgó estando en prisión ante el escribano que allí compareció y manifiesta, que si había contraído la obligación de entregar dinero, era para librarse de la cárcel, donde se sentía vejado y humillado, pero que con esta declaración hacía nulo el compromiso anterior, pues había sido obtenido por miedo, lo que hacía que su consentimiento estuviese viciado.⁶³⁴ Así se oponía a la ejecución de la obligación por inexistencia del negocio

9.4. Efectos probatorios de los documentos públicos. La cuestión del planteamiento en juicio de la falsedad de un documento

La prueba documental fue adquiriendo una cierta primacía práctica sobre el resto de las pruebas subjetivas y de las indirectas: su objetividad hacía que resultase eficaz y cómodo probar con este medio, y aunque la doctrina siguió valorando la confesión como la prueba teóricamente óptima, y la práctica continuó utilizando con profusión a los testigos, lo cierto es que el **documento público** se afirmó a lo largo de la época moderna, y en el momento de pasar al sistema de la codificación, los documentos obtienen un trato privilegiado.⁶³⁵ Ya decían **Las Partidas** que *valer deban las cartas, para probar con ellas los pleitos sobre que fueron hechas*, y el valor que en juicio tenga un documento público deriva de su estructura interna y de su formalidad externa: **son los propios requisitos de los documentos públicos los que, si son tenidos en cuenta y cumplidos, hacen que cualquier escritura que se presente en un pleito**

⁶³⁴ CHAN. VALL. P.A. 2791-2.

⁶³⁵ LALINDE ABADÍA, Ob. Cit. Pág. 791.

haga fe de su contenido.⁶³⁶ El hecho de que al documento para su validez se le exija por ley que cumpla con unos requisitos de orden interno: conocimiento de las partes por el escribano, manifestaciones de voluntad emitidas libremente, y de unas formalidades tales como los datos personales, las fechas y lugares, el papel de sello, la firma del escribano y los testigos, la ausencia de correcciones o enmiendas, le confieren un matiz de inmediatez en sus efectos, que serán los que la parte que lo aporta en juicio pretende que produzca la escritura que como prueba de su derecho y de sus argumentos presenta al juez en el proceso. La doctrina fue elaborando los supuestos en los que el documento o documentos aportados en juicio con la intención de probar no podían hacer prueba y se puede fijar un catálogo de estos casos. No harían prueba en juicio las escrituras que no están hechas por mano de escribano; las que están hechas en lugar remoto si no está legitimada la firma por otros dos escribanos del mismo número o por la autoridad de un juez,⁶³⁷ ni la hecha por notario eclesiástico en causas civiles: además, si el escribano dice que el documento no lo ha hecho él, se le deberá creer, aunque haya testigos que lo nieguen si el propio escribano no es de mala fama. Igualmente, ante cualquier duda que se plantee sobre la validez y autenticidad de una escritura, la referencia obligada será siempre el protocolo, sin el que es imposible hacer ninguna comprobación.⁶³⁸

Dentro del esquema escolástico de las pruebas, con sus valoraciones tasadas según las circunstancias en que se producen y se aportan, el documento público está equiparado en valor a lo dicho por dos testigos. Se parte de la premisa de que el valor de un documento puede ser

⁶³⁶ Ya se entendía así desde el Fuero Real, y así lo manifiesta VALLEJO, Ob. Cit. Pág. 535.

⁶³⁷ Así aparece en el poder presentado en un pleito seguido ante la Sala de Justicia del Consejo de Castilla, pleito que comenzó en 1748 sobre la validez y ejecución de una escritura de capitulaciones matrimoniales, y que en 1800 se pide la ejecución. Los herederos de la demandada presentan un poder otorgado en Caspe y legalizado por dos escribanos públicos y reales de la misma ciudad. A.H.N. Consejo. Escribanía de Aragón. 22.196.

⁶³⁸ JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Págs. 303 y 304.

probado con la intervención de dos testigos, luego el mismo número de testimonios es el equivalente al valor de la prueba hecha por un documento.⁶³⁹ También hay que tener en cuenta en lo que se refiere al valor probatorio de una escritura, hará siempre prueba plena contra el que la presenta, ya que el hecho de mostrarla es una confesión de su contenido.⁶⁴⁰ Por eso, la parte no puede pretender utilizar el documento en aquello que le sea favorable, pues siempre le afectará en todo su contenido, incluso en aquella parte que lo haga en contra.⁶⁴¹ Es una forma de manifestación del principio jurídico de que nadie puede ir en contra de sus propios actos, de ahí que está protegido el demandado para no verse obligado a aportar en juicio documentos que le son propios y que afectan sólo a su derecho.⁶⁴²

De todo ello se puede decir, que el valor probatorio de escrituras públicas viene sujeto a la seguridad de su contenido partiendo del respeto a las formas de los propios documentos, pero que una vez asentado esto, su valor de probar es indiscutible. De este innegable carácter de validez que tienen los documentos, deriva el hecho de que fuesen utilizados con frecuencia en todos los pleitos. Si la prueba testifical era con mucho utilizada sobre la confesión en juicio, en casi todos los asuntos contenciosos y no contenciosos que con carácter privado se ventilaban ante la jurisdicción, aparecen siempre documentos que las partes en litigio presentan. Lo que ocurre, frente a la prueba de testigos, es que su simple volumen procesal es infinitamente menor, pues no se desplazan con los documentos actividades secundarias de la administración de justicia, como sí ocurre con la prueba de testigos, y en la materialidad de los autos resultan más discretos y de menor importancia que el resto de la prueba. Indudablemente hay un tipo de pleitos en los que

⁶³⁹ HEVIA BOÑALOS, Ob. Cit. Pág. 93.

⁶⁴⁰ ELIZONDO, Práctica Universal Forense, tomo I, pág 135.

⁶⁴¹ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 160.

⁶⁴² Ibidem.

la aportación de un documento es básica para poder dar curso al asunto, y son los pleitos ejecutivos por lo tanto los que precisan siempre del documento o título que se pretende ejecutar. Son las escrituras de obligación en general, las de constitución de censo y las llamadas guarentigias, que llevaban implícita la posibilidad de ser ejecutadas como si de una sentencia firme se tratase. Por lo demás, es muy frecuente que aparezcan escrituras de venta y transmisión, de constitución, paga y recibo de dote, contrato de arrendamiento, escritura de capitulaciones matrimoniales y de promesa de boda, todos estos documentos con carácter de fundamental por ser en los que las partes basan su derecho. Además se encuentra frecuentemente en los pleitos otros tipos de documentos con valor secundario, pero siempre dirigidos a probar las pretensiones de quien los presenta; así se pueden encontrar certificaciones de matrimonio y nacimiento, testamentos, particiones de bienes e hijuelas hereditarias, numerosos inventarios de bienes, recibos y cartas de pago, cuentas de Concejo, y certificaciones en general emitidas por los escribanos sobre cuestiones debatidas en otros pleitos. Aunque como ya se ha dicho, en casi todos los pleitos aparecen aportados documentos, el catálogo se puede reducir a estas tres categorías que se han mencionado: los documentos esenciales en los cuales basa su derecho el aportante en los juicios ordinarios o declarativos; los que son la base de ejecución en los sumarios ejecutivos, y los documentos accesorios a los iniciales, que aportan datos sobre los hechos alegados.

Llegando a este punto, hay que entrar en una cuestión frecuentemente planteada en la práctica en lo que a prueba de documentos se refiere, y de la que la doctrina también se hizo cargo. Se trata de la posibilidad que se admite a la parte contraria a aquella que presenta un documento, una vez que se le da traslado y tiene conocimiento de su contenido, para rechazarlo por no ser documento auténtico, con lo que se está admitiendo la posible intención de fraude

procesal. *La falsedad es mutación de la verdad hecha con dolo en detrimento de tercero, y se comete por escrito, dicho, hecho, y uso [...]*.⁶⁴³ La falsedad así plantada no tiene más valor que el de la presunciones, y por lo tanto tiene que ser probada. En primer lugar el juez ha de tener en cuenta las circunstancias personales y sociales de quien ha presentado el documento que se intenta desvirtuar por falso, valorando los vicios legales del instrumento mismo y los defectos que contenga (escritura, gramática, estilo, papel y firma, imposibilidad de contratar tales clausulas, testigos muertos, manchas o roturas).⁶⁴⁴ Más allá de este examen "de oficio" por el juez, se puede racabar prueba del escribano que en principio parece que autorizó el documento, y si dice no haberlo hecho y es de **buena fama**, debe ser creído, pero si es de **mala fama**, la prueba de testigos en contrario hará más fe.⁶⁴⁵ En estos casos se exigen tres circunstancias a los testigos, pues han de ser mayores sin ninguna duda, han de estar todos de acuerdo en que no estaban presentes en su otorgamiento, y el escribano ha de tener mala fama pública. En los casos en los que se impugne la firma del escribano por no ser la auténtica, si él mismo la reconoce, este reconocimiento hace fe, pero en el caso de que niegue la firma, ha de recurrirse a la prueba de perito calígrafo para demostrar la no autenticidad, pero siempre el resultado de esta prueba debe ser valorado por el juez.⁶⁴⁶

Cabe sólo añadir a estas cuestiones de la falsedad, que se han de presumir falsas aquellas escrituras que la parte pretende probar su contenido mediante testigos, y que un documento

⁶⁴³ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 158.

⁶⁴⁴ Ibidem.

⁶⁴⁵ P,P, 115.18.3.

⁶⁴⁶ BERNÍ Y CATALÁ, en su Apuntamiento a LAS PARTIDAS, advierte que las leyes castellanas no admiten la prueba de cotejo de letras mediante peritos calígrafos, pero que los tribunales, usando de la facultad contenida en la ley 118 del título 18 de la Partida 3, por la que los jueces pueden valorar la utenticidad o no de un documento público, se puede entender que les está permitido usar del cotejo; donde no existe esta posibilidad es en los casos en los que se tachan de falsos los documentos privados. Ob. Cit. Pág. 172.

aportado en juicio en idioma extranjero ha de ser traducido para que adquiera valor de prueba. Finalmente, la doctrina a esta cuestión añade una cuestión a tener en cuenta, y es que aún siendo nulo el instrumento que soporta un negocio, el negocio en sí no ha de estar viciado de nulidad necesariamente, pues la escritura no da valor sustancial al contrato.

9.5. Los documentos privados y su valor como prueba.

Si la eficacia de los documentos públicos está precisamente en su valor intrínseco que hace que sean medios objetivos de probar, es claro que no puede ocurrir lo mismo con los documentos de carácter privado que las partes pueden llevar a un proceso con la intención de probar determinados hechos o argumentos jurídicos. Si la materialidad de esta prueba en principio es la misma que la de una escritura pública, pues se ha de sustentar en papel y contener un mensaje escrito, al excluirse la fundamental intervención de un escribano en la confección del documento, desaparece el especial matiz de garantía que tienen los llamados documentos públicos. Por lo tanto, nos encontramos con acuerdos de voluntades entre particulares que no han sido hechos ante la autoridad de la persona designada para ello, pero que mantienen su valor como acuerdo entre las partes que intervienen, quedando obligadas en su contenido, aunque no puedan oponerse frente a terceros ni utilizarse como argumento de que su contenido hace fe de lo que en el documento se dice. Por todo esto se entiende que las definiciones que de este tipo de documentos hacen los autores prácticos son definiciones por exclusión, pues entienden que son *las que hacen las personas privadas o particulares, que no están autorizados en forma por Escribano auténtico*.⁶⁴⁷ La doctrina elaboró un catálogo de los tipos de estos documentos, dividiéndolos en:

⁶⁴⁷ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 163.
SALA, Ob. Cit. Pág. 210.

-**ápoca o quirógrafo**, que no es más que un recibo o garantía de pago que el acreedor entrega al deudor cuando se ha liberado de la obligación de pagar contraída.

-**antápoca**, que equivale al **vale o pagaré**, es el documento por el que el deudor reconoce su obligación y lo recibido por el acreedor.

-**singrafa** es un simple acuerdo para que conste la fe de un pacto.

-**libro de cuentas**, es el documento en el que se hacen las anotaciones de lo que se da y lo que se recibe.

-**inventario privado** es una relación de bienes y su valor

-**carta** es simplemente una misiva o comunicación.⁶⁴⁸

El problema que plantean este tipo de documentos en un pleito es la cuestión de si tienen o no valor para probar. En principio no se discute este valor, siguiendo a **Las Partidas** cuando dicen que *si la parte contra la que aducen tal carta la otogaren, debe valer como si fuese hecha por mano de escribano público. Pero si la negara diciendo que no la hizo ni la mandó hacer, y aquel que se quiere aprovechar de ella dice que sí,[...] entonces es tenuta la parte de jurar si la hizo o la mandó hacer o no.*⁶⁴⁹ Por lo tanto se deja el valor de un documento no público a la admisión o negación de la parte a la que puede perjudicar su contenido. Puede la parte contraria no oponerse al documento cuando este es presentado, y en estos casos hará prueba aunque no lo reconozca, pues con su silencio está confesando y aprobando el contenido del documento.⁶⁵⁰ Pero también puede oponerse a los documentos o pedir que son falsos, han de ser reconocidos por quien los hizo, o por dos testigos que declaren haberla visto hacer, siempre que esta declaración

⁶⁴⁸ TAPIA, Ibidem.

⁶⁴⁹ P.P. 119. 18. 3

⁶⁵⁰ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 164.

sea hecha en juicio contradictorio.⁶⁵¹ En estos casos los documentos privados sí pueden hacer prueba, pero fuera de esta situación, aunque fuesen comprobados por testigos, fuera de juicio, o por comparación de letra y firma con otra escritura pública, no servirán para probar en juicio.⁶⁵² También podía entenderse que el cotejo hecho con otro tipo de documentos públicos en cuanto a las firmas que aparecen en los mismos, sería válido siempre que el juez lo apreciase así, pues quedaba su valoración a la voluntad del juez.⁶⁵³

En cuanto a los libros o documentos de cuentas, tienen la especial característica de que sólo interviene en su confección una persona de forma unilateral, es decir, no constituyen un acuerdo de voluntades, por lo tanto sólo haran prueba a favor de quien los aporte, **pero no contra terceros**; y el que pretenda utilizar este tipo de documento como prueba deberá hacerlo de su totalidad, pues no se le permite alegar sólo parte de los mismos, como partidas de cuentas individualizadas o anexos al libro, sino que una vez aportado, todo su contenido puede ser utilizado en el pleito.⁶⁵⁴ Lo mismo hay que decir en lo referido a los **libros de los comerciantes**, que son los libros en los que los comerciantes asientan los débitos que tienen a su favor. Cuando se aporten al proceso este tipo de documentos, si contienen varias partidas a favor y en contra, se han de aceptar o rechazar como un todo, *porque se les prohíbe admitir lo favorable y desechar lo adverso*.⁶⁵⁵

⁶⁵¹ ORTIZ DE ZUÑIGA, Ob. Cit. Pág. 48.
GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 99.

⁶⁵² HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 93.
TAPIA, Ob. Cit. Pág. 164.
P.P. 114 y 119. 18. 3

⁶⁵³ ORTIZ DE ZUÑIGA, Ibidem.

⁶⁵⁴ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 93.

⁶⁵⁵ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 173.

CAPÍTULO X.- LOS RESTANTES MEDIOS DE PRUEBA. LA CONSIDERACIÓN DE IMPUROS POR LA DOCTRINA Y SU UTILIDAD EN LA PRÁCTICA.

La confesión en juicio era considerada por la doctrina clásica como el medio de probar más perfecto desde un punto de vista teórico, la prueba de testigos era con mucho, el medio más utilizado en los pleitos para conseguir probar las respectivas posiciones de las partes, y finalmente, los documentos se fueron afianzando como el medio de probar más fiable y objetivo. Coexistían con estas tres pruebas otros sistemas llamados **menores** que se utilizaban también en los pleitos como un medio de probar cuando las tres pruebas fundamentales fallaban o no conseguían por si mismas obtener los resultados probatorios pretendidos; o bien, podía ocurrir que la necesidad de demostrar determinados hechos o circunstancias hiciese preciso recurrir a medios más específicos que los que ya hemos visto.

A estas formas de probar, que se las llamó **menores o imperfectas**, quizás por el reducido índice de aplicación en los pleitos, y se les atribuyó por la doctrina en general un carácter de medio de prueba impuro por la incidencia de un factor psicológico en el momento de su valoración,⁶⁵⁶ factor que no provenía de las partes ni de terceras personas sin conocimientos especiales, sino que se refería precisamente a la interpretación que de determinados datos o circunstancias podía hacer el propio juez ayudado por personas con unos conocimientos específicos para intervenir en el asesoramiento. Se trata de pruebas de libre valoración por el juzgador, de ahí que se les aplicase el carácter de **medios de prueba imperfectos** frente a la valoración objetiva que permitía hacer la confesión, los testigos y los documentos. Y esta valoración que hacía el juez libremente sobre lo que veía o lo que se podía deducir o suponer de

⁶⁵⁶ LALINDE ABADIA, Ob. Cit, Pág 791.

determinados datos, se establecía dentro del jerarquizado sistema probatorio, con lo que su utilización se relegaba a los casos en los que no fuese posible hacer la prueba que se necesitaba mediante la confesión, los documentos o los testigos. Y desde luego teniendo en cuenta que la libertad probatoria del juez venía limitada por las *reglas del criterio humano y de la sana crítica*, como una limitación a la valoración que libremente pudiese hacer de lo que veía o de lo que los peritos le decían. Se trata de **tres instituciones probatorias**, tales como *la vista de ojos o reconocimiento del juez, los privilegios y las presunciones o la fama*. De ellas pasaron al derecho codificado el reconocimiento del juez y las presunciones, aunque con matices. Pero la Codificación recibió un medio de probar que como tal no estaba considerado en el período procesal anterior, y que se utilizaba con el matiz de ser un *auxilio judicial*; nos referimos a la **intervención de los peritos expertos o técnicos** en el hecho de la práctica de las pruebas: Aunque era frecuente que los jueces se hiciesen asistir de profesionales cualificados por sus conocimientos para mejor llegar a una convicción, ni la ley ni la doctrina les daban el carácter o valor de probar en sus intervenciones, aunque en la práctica se recurría a estas personas como asesores sin que su colaboración tuviese un valor autónomo de probar.

10.1.- LA INSPECCIÓN OCULAR O VISTA DE OJOS.

También llamada esta prueba **reconocimiento del juez**, denominación con la que pasó a la Ley de Enjuiciamiento, estaba determinada por la necesidad de esclarecer hechos o circunstancias del pleito, que hacía que el juez examinase directamente el objeto de la prueba, e hiciese su apreciación personal. Inspirado este medio de probar por la idea de **inmediación del juez** que regía en el proceso altomedieval,⁶⁵⁷ fue perdiendo vigencia hasta quedar relegado

⁶⁵⁷ Ibidem

como consecuencia de la complicación que al proceso le dió la escritura y consiguientemente el alejamiento del juez de la realidad procesal; la práctica de los tribunales fue haciendo que se convirtiese en un medio extraordinario de probar, sólo utilizado cuando los medios *normales* no podían conseguir que el juez llegase a una convicción de lo que se alegaba en la contienda.⁶⁵⁸

Aparece regulada la **vista de ojos** en **Las Partidas**, y de ahí arranca toda la elaboración doctrinal y práctica que de esta prueba se ha hecho. En primer lugar, al relacionar las formas de probar, se menciona la *vista del juzgador, viendo las cosas sobre que es la contienda*,⁶⁵⁹ y en una ley del mismo título se establece que los pleitos que no puedan probarse por testigos o por carta, deberá el juzgador ver en primer lugar el objeto de la contienda,⁶⁶⁰ ahora bien, el objeto de la contienda está limitado a dos tipos de situaciones:

- cuando se refería a edificaciones, términos de pueblos, lugares o heredades, es decir a bienes inmuebles y los espacios en los que se encuentran ubicados.
- cuando se intente demostrar una injuria grave en el cuerpo de alguna persona, injuria que no pueda ser probada por declaraciones de testigos.

En estos casos, debe el juez *ver primeramente cual es el hecho, porque ha de dar su juicio, y en que manera lo podrá mejor o más derechamente departir*.⁶⁶¹

Partiendo de este criterio de Las Partidas, la doctrina fue fijando el sentido y la realidad

⁶⁵⁸ Curiosamente, en la actualidad la situación es muy similar, habiéndose llegado a que la práctica haya alterado el espíritu del legislador, ya que es frecuente que, aunque la prueba esté solicitada sin carácter subsidiario, los jueces no admiten el reconocimiento judicial como prueba, dejando la decisión según el resultado que arrojen las restantes pruebas una vez hechas todas. Y cuando tiene los autos “a la vista” para fallar la sentencia, suspende el término y si considera necesario hacer el reconocimiento, lo acuerda como “diligencia para mejor proveer”.

⁶⁵⁹ P.P. 8.14.3.

⁶⁶⁰ P.P. 13.14.3.

⁶⁶¹ *Ibidem*

de este medio de probar, que se basaba en la necesidad de la inmediación del juez para un mejor conocimiento de determinados hechos. La primera cuestión a tener en cuenta es que **el objeto de la prueba de vista de ojos** han de ser edificaciones, obras, términos de pueblos, linderos de heredades y otros objetos de esta clase,⁶⁶² así como las posibles injurias hechas en la persona de una mujer, poniendo en duda su virginidad.⁶⁶³ Y la segunda de las cuestiones suscitadas ante la realidad de este medio de probar es el martiz de obligación que adquiere para el juez acordar que se haga el reconocimeinto en los casos en los que el objeto litigioso sea del tipo que se ha mencionado o similar y que no se haya podido demostrar los hechos por los medios ordinarios de probar. En estos supuestos, está obligado el juez, sin que la parte se lo solicite a acordar la prueba. Esta decisión puede tomarla el juez hasta después de la conclusión para sentencia, y aunque las partes no la hayan pedido, puede el juez *de oficio* mandar que se haga la prueba como una diligencia para mejor proveer.⁶⁶⁴

Cómo se hacía esta prueba en la práctica. En la práctica no resultaba frecuente encontrar este tipo de prueba, pero se hacían las vistas de ojos en los pleitos en los que la cuestión a debatir afectaba específicamente a bienes inmuebles, tales como mediciones de linderos o modificaciones en su estructura. Tal es el caso del pleito de **obra nueva** en el que se pretende paralizar la construcción de *unas puertas carreteras* con las que se intenta cerrar el espacio común de unos corrales, y la servidumbre de paso de que disfrutaban.⁶⁶⁵ Después de hacerse las pruebas que las partes han propuesto, el juez dá un auto en el que decide, que para *mejor*

⁶⁶² ORTIZ DE ZÚÑIGA, Ob. Cit. Pag. 49.

⁶⁶³ JORDAN DE ASSO, Ob. Cit. Pag. 305.
HEVIA BOLAÑOS. Ob. Cit. Pag.93.

⁶⁶⁴ TAPIA, Ob. Cit. Pag. 174.

⁶⁶⁵ CHAN. VALL. P.A. 2791-2

proveer “se haga inspección y reconocimiento con toda individualidad”, acto para el que las partes han de nombrar cada una un maestro inteligente, ya que se verán, no sólo los perjuicios de la obra, sino también, las señales de división. Señalado el día y la hora y comunicada a las partes, el juez, que es el Alcalde Mayor de Zamora, va al lugar de Morales, al sitio en el que se encuentra el corral, y en presencia de las dos partes, recibe juramento a los dos maestros de obra que estos han nombrado para intervenir en la prueba; a continuación, el escribano da lectura a las pretensiones de las partes para que se instruyan los maestros, que *anduvieron tanteando, viendo y reconociendo dicho sitio del corral* sin que se haga constar nada más de lo que en ese momento se ve o se hace. A la semana comparecen ambos maestros ante el juez y emiten un dictamen sobre lo que han visto, diciendo que el demandado sí puede levantar la pared del corral, aunque la puerta carretera habría que desplazarla. En base a este informe, el juez falla diciendo que no se puede interrumpir la obra del corral. La demandante recurre en apelación ante los **Jueces Consistoriales de Zamora**, y aunque el demandado se opone a la apelación pues tiene prisa en concluir la obra, este recurso prospera, admitiéndose que los maestros que participaron en el reconocimiento judicial *no evacuaron el informe como debían, con escrupulosidad y formalidad* por lo que se decide hacer una nueva inspección ocular, que después de diversas vicisitudes con los nombramientos de maestros y sus recusaciones, se hace la prueba de *inspección, reconocimiento y vista ocular* ante el escribano de la causa que actúa en comisión, y en la que están presentes las partes en el proceso y los maestros nombrados. El demandante y el demandado exponen sus razones, aunque *ninguno manifestó título de pertenencia de las casas que gozaban y corral de la disputa*. Oídas las opiniones de todos y sus intereses, y *contemplando el corral*, dicen los maestros que el corral puede ser cerrado por tapias o piedras, poniendo la puerta según se indica en el informe de la prueba anterior, para que no se cause

perjuicio a la parte que reclama que se paralice la obra, la que también puede cerrar el corral en la parte que está enfrente de su casa. También dicen los peritos, que *para evitar quejas y perjuicios de las partes no se pueda entrar con carros por ninguna de ellas, desde el hito y marco de piedra que está puesto a la entrada del corral y para servidumbre de sacar de él el estiércol u otra cosa que necesiten, sea con caballerías y no en otra forma, con arreglo a lo que en lo antiguo practicaban los dueños de aquellas casas*. En realidad, lo que se hace con este acto, es más que una observación del lugar por quien tiene que fallar la contienda; lo que hacen las personas que asisten a la prueba, no es sólo el hecho de dar su opinión sobre cómo está la situación del objeto del litigio, sino que van más allá desde el momento en que **transmiten lo que debe hacerse para solucionar el problema**. Y como ocurrió con el Alcalde Mayor de Zamora que en auto definitivo lo que hace es recoger la opinión de los maestros que acuden al reconocimiento del lugar, en esta segunda instancia ante los Jueces Consistoriales de Zamora ocurre lo mismo: el auto que dan para resolver el recurso admite que las paredes de los corrales se pueden levantar, pero que la puerta ha de ser desplazada, impidiéndose el paso de carros por la servidumbre. Con esta decisión, por cierto, consiguen que la demandante, es decir, la persona que pretende desde el primer momento que las obras en los corrales no se puedan continuar, recurra nuevamente en apelación, esta vez ante la Chancillería de Valladolid, que a su vez vuelve a confirmar las decisiones anteriores, eso sí, después de dos años y seis meses de comenzar la discusión, que en principio sólo debía resolver sobre la paralización o no del cerramiento del corral común. Como se ve la solución, está muy lejos de ser efectiva, pero también es cierto, y esto es lo que interesa en este momento de la explicación de las pruebas, que existían determinados conflictos privados que podían ser resueltos desde el parecer de un tercero, que aconsejaba al juez sobre la realidad física del objeto de la discusión, eso sí, partiendo, o

basándose, en conocimientos técnicos derivados de la profesión o del oficio que ejerce.

10.2 EL PRIVILEGIO CONSIDERADO COMO UN MEDIO DE PROBAR.

Aunque para la doctrina clásica el **privilegio como argumento** parecía tener entidad e importancia, los prácticos de finales del XVIII no suelen incluir el privilegio entre los medios de prueba; solamente los autores más afines a la metodología del Derecho Común mantienen en sus manuales prácticos la institución del privilegio como un medio de probar en el proceso. Desde luego, la institución, recogida en **Las Partidas**, al final de la etapa absolutista, no parece que se utilizase como argumento procesal.⁶⁶⁶ Pero como finalmente el privilegio se fijó como una realidad en las estructuras legales, se va a analizar su configuración en la ley y en la doctrina y su práctica en el proceso, aunque aparezca escasamente con carácter particular. La idea de privilegio es la de una norma particular que concede determinados beneficios o exime de determinadas cargas, referidas tanto a las personas como a los lugares: privilegio tanto quiere decir, como ley apartada que es hecha señaladamente por pro o por honra de algunos hombres o lugares, y no de todos comunalmente.⁶⁶⁷ Se trata por lo tanto de una **norma particular**, y como toda norma sólo puede emanar de la persona que tiene potestad para legislar; si el privilegio ha sido dado a instancia del favorecido, por una petición, se le pueden objetar determinados vicios, pero si por el contrario, ha sido otorgado por el legislador por voluntad

⁶⁶⁶ Es posible que si los privilegios no se esgrimían en los pleitos con más frecuencia, se debiese a la consolidación en el derecho de algunos de estos: los que afectaban a menores y a mujeres, o a instituciones, con lo que su mención procesal ponía en marcha los mecanismos previstos para su validación (es el caso de la *restitutio in integrum*), sin que la particularidad fuese la norma más frecuente.

⁶⁶⁷ P.P. 1.11.1.1.

propia desde *cierta ciencia y plenitud de potestad o poder absoluto*⁶⁶⁸, es el privilegio tan indiscutible como las mismas leyes a favor de la persona a la que el privilegio favorece, *pues pertenece a los reyes hacer gracias y mercedes a sus naturales porque sean ricos y honrados*.⁶⁶⁹

El privilegio lleva implícita la condición tácita de ser cierto lo que contiene, pero se puede argumentar en su contra el hecho de haberse ocultado para modificar la verdad, o incluso haber dicho falsedad para obtenerlo, esto siempre en los casos de privilegio obtenido a petición del privilegiado, nunca del que se concede por la propia voluntad de quien tiene la potestad. El privilegio así otorgado no admite modificación o interpretación, nada más que por la propia persona que lo otorgó o sus sucesores, *pues el privilegio de donadío del Rey no lo debe ninguno juzgar, sino él mismo o los otros que reinasen después de él*.⁶⁷⁰ Se entiende muy amplio el contenido de las cartas de privilegios, pues una vez otorgadas al beneficiario pueden hacer tal favor como lo que quieran libremente, disponiendo como si de un bien suyo de tratara, pudiendo transmitirse por vía hereditaria, sin que ni la mujer ni el marido puedan reclamar derechos sobre los privilegios concedidos a sus cónyuges, por considerarse un beneficio personal.⁶⁷¹ Y según vaya dirigido a personas, o a cosas, la doctrina diferenció el privilegio en **personal**, que favorece a una persona o a varias y que no es transmisible, o **real** cuando se concede a las cosas o acciones y en este caso el privilegio acompaña a la cosa en la trasmisión hereditaria, pasando a formar parte de las cualidades del caudal de la herencia. El contenido de los privilegios es diverso: desde el hecho de poder hacer alguna cosa o recibir cosa cierta, hasta los de carácter negativo, como las exenciones de hacer o entregar, y la mayor parte se encuentran incorporados en el derecho,

⁶⁶⁸ TAPIA, Ob. Cit. Pag. 164.

⁶⁶⁹ N.R. 1.10.5. No.R. 6.5.3.

⁶⁷⁰ P.P. 17.18.3.

⁶⁷¹ F.R. 8.12.3.; N.R. 6.10.5.; No.R. 1.5.3.

tanto en la legislación, **Partidas**, como en la práctica, así serían los que pueden disfrutar los eclesiásticos, los soldados, los menores, los estudiantes, los hidalgos, o las mujeres. Este tipo de disposiciones son **generales**, pues afectan a todos los miembros de la colectividad que se encuentren en esta situación de privilegiados. Pero a su vez los privilegios **particulares** concedidos a favor de personas concretas, benefician sólo a quienes los reciben.

Si la forma más directa e inmediata de obtener un privilegio es la voluntad de quien detente tal poder, ya sea espontáneamente o por que se lo pide al interesado en su concesión, también está admitido que los privilegios se adquieran por **prescripción o costumbre**. Referido sobre todo al privilegio de jurisdicción que debe considerarse como existente si se posee un título y se viene usando de él desde cuarenta años, e inmemorialmente si no existiese este título,⁶⁷² refiriendo estos casos a aquellas concesiones de privilegios a lugares concretos en los que expresamente no se haga incluido el uso de la jurisdicción, pero que usándose de ella sin oposición de las justicias que le son cercanas, y por el tiempo exigido, se puede considerar como adquirido el privilegio.

Si en la utilización de cualquier privilegio, o en el documento o carta de constitución surgiesen dudas, hay que buscar a quien corresponde hacer esta interpretación. En principio sólo corresponde al propio legislador o soberano interpretar sus cartas de privilegio, y sería esta la interpretación auténtica que tendría valor tanto en juicio como fuera de él, pues cuando hubiese duda sobre el entendimiento de las palabras, no puede nadie declarar sino el Rey.⁶⁷³ Pero además, los privilegios se pueden interpretar de forma *comprehensiva*, es decir, buscando la intención del legislador, o bien de forma *extensiva* sin por ello ir contra la voluntad de quien concede el

⁶⁷² N.R. 1.10.5. No.R. 6.5.3.

⁶⁷³ P.P. 4.33.7.

privilegio. Cabe también una interpretación *doctrinal o magistral*, que aunque cargada de autoridad y de opinión, no hace fuerza contra los otros tipos de interpretación. En cualquier caso, toda interpretación de *los privilegios que son contra el derecho común, o ceden en detrimento de tercero, se deben interpretar estrechamente, ya porque toda derogación de aquel es odiosa, y estas se deben restringir, ya porque no es visto derogarlo, ni quiere privar el Príncipe a nadie del que tiene adquirido, a menos que el mismo privilegio lo exprese.*⁶⁷⁴ Por el contrario, se puede hacer una interpretación lata de los privilegios que no son contra derecho o son meras gracias o beneficios del Monarca.

Por el extenso uso que pueden tener los privilegios en el plano temporal, estos pueden necesitar en algunos casos de confirmación o ratificación, acto que corresponde a la misma mano que lo otorgó *pues ninguno no los debe mandar hacer de nuevo, ni confirmar, sino el Rey mismo: ni aunque sean hechos por su mandado, no los debe otro dar sino el rey de su mano.*⁶⁷⁵ La confirmación de los privilegios *es un rescripto por el cual el Soberano ratifica y corrobora el primero expedido legítimamente, pues el que es nulo no se puede confirmar.*⁶⁷⁶ La manera concreta de hacer esta confirmación, la doctrina las entendía de dos tipos: **la forma común, simple y ordinaria** que no corregía ni añadía nada al derecho ya existente, y una confirmación más **específica** que supone un examen del privilegio en sí, sino que se entiende como una revalidación del derecho existente y por lo tanto una nueva concesión. En cualquier caso, deberá el Rey decir que confirma lo que los otros hicieron, y que manda que valga así como valió en el tiempo de los otros que lo dieron.⁶⁷⁷ Pese a la existencia de confirmación, si el privilegio deviene

⁶⁷⁴ TAPIA, Ob. Cit. Pag. 167.

⁶⁷⁵ P.P. 16.18.3.

⁶⁷⁶ TAPIA, Ibidem.

⁶⁷⁷ P.P. 2. 18. 3.

nulo por contener un vicio de nulidad, el hecho de ratificarlo se entiende como **inútil**.

Y en cuanto a la forma de extinguirse los privilegios, la doctrina sigue criterios parecidos a la extinción de determinados contratos o derechos; de ahí que se siga la línea de la voluntad del que lo concede y del contenido mismo del derecho, por supuesto los principios generales de adquisición y pérdida, pues por el no uso de un privilegio durante treinta o diez años, según el contenido del derecho, desaparece su validez.⁶⁷⁸ Si el privilegio es personal, es decir, en beneficio exclusivo de persona concreta, éste terminará con su muerte, pero no por la muerte o sustitución del otorgante; y si es real, terminará cuando se extinga o desaparezca la cosa objeto de la concesión. Y en concreto en cada caso de privilegio se pueden dar situaciones que determinen su finalización: cuando se concedió para un fin y este desaparece, o cuando se dá para un tiempo determinado y este tiempo transcurre; además, si el contenido del privilegio se hace dañino para muchos, también terminará.⁶⁷⁹ Y si del privilegio abusa la persona favorecida, este abuso será causa de su extinción, como también lo será el no usar de él en juicio, pues “si alguien tuviese privilegio que le haya dado el rey sobre algunas cosas, y le demandaren en juicio alguna de ellas y no se defienda alegando que tiene privilegio sobre alguna cosa sin apelar la sentencia”.⁶⁸⁰ Si el no uso será causa de que desaparezca el privilegio, el uso en contrario también lo será. Siguiendo la línea de disposición de las partes que en los privilegios intervienen, se considerará como la causa de extinción definitiva la voluntad de revocación del concedente o de la persona que le suceda en el ejercicio de la potestad, pero sujeta a que el donatario realice hechos culposos que determinen la revocación del privilegio, *pues las cosas que el Rey diere, no*

⁶⁷⁸ P.P. 42.18.3.

⁶⁷⁹ P.P. 42.18.3.

⁶⁸⁰ P.P. 43.18.3.

*se las puede quitar él, ni otro alguno sin culpa.*⁶⁸¹ Esta revocación se puede hacer expresamente, refiriéndose a privilegios concretos, o con carácter general refiriéndose a todos los privilegios concedidos *con cualesquiera clausulas o forma de palabras [...] sin embargo de esto se revocan y dán por referidos e insertos a la letra como si lo fueran para que jamás valgan ni de ellos se pueda usar.*⁶⁸² Esta cláusula que se entiende como general, pero que no se puede aplicar a los casos en los que el privilegio fue concedido como un contrato por pago de méritos y servicios, pues en estos casos la revocación ha de ser específica y particular para cada caso concreto, pues lo mismo que en su concesión medió una causa, en su revocación el Rey ha de estar determinado por un motivo concreto. En cuanto la forma de revocar un privilegio tácitamente, conviene leer el párrafo que contiene la obra de **Tapia** pues es ilustrativo de la forma de desarrollar esta institución jurídica, absolutamente civilista y en línea más pura del derecho común:

“la revocación tácita se hace por acto del Soberano directamente contrario al privilegio, o porque no puede subsistir ni tener efecto el fin para que dió, sin revocarse el anterior, con tal que sea de presumir tenía éste presente: de modo que por la ley general, que no revoca expresamente los privilegios, se juzgan tácitamente revocados los que están en el cuerpo del derecho, porque como éstos pertenecen a las leyes universales, se presume que el legislador las sabe, y que revoca la primera que contiene el privilegio del derecho común, aunque en la posterior no lo exprese. Pero no se consideran revocados los que existen fuera del cuerpo del Derecho, a menos que de ellos se haga referencia, porque como contienen derecho privado y hecho particular, y no se presume que el legislador lo sabe, se sigue que no se entiende haber querido revocarlos mientras no lo diga. Tampoco se revoca el privilegio primero o el posterior contrario, excepto que de él se haga especial mención, porque como el privilegio es un derecho privado y particular, se presume que el Príncipe concedió el segundo con ignorancia del anterior, y por consiguiente esta

⁶⁸¹ F.R. O.12.3.; N.R. 6.10.5.; No.R. 1.5.3.

⁶⁸² TAPIA, Ob. Cit. Pag. 171.

concesión fue subrecticia, y como tal nula.⁶⁸³

El párrafo contiene la idea apuntada más arriba por la que los privilegios que se pueden llamar **privados** por no estar incluidos en el cuerpo del derecho, necesitan para todos los actos que sobre ellos se intenten realizar la expresión de la voluntad del que lo concede o quien le sustituya en el uso de la potestad, en contraposición a los privilegios incorporados a los cuerpos del derecho, sobre los cuales se puede actuar con carácter general, ya que hay que suponer que el monarca conoce estos privilegios por ser **generales y estar incorporados al derecho**.

En cuanto a los privilegios como documentos, estaban sujetos a una serie de requisitos formales para que pudiesen tener validez y ser esgrimidos frente a terceros. En principio **Las Partidas** hacían una regulación de estas exigencias de formalidad; así, se exigía que toda acta de privilegio, para que fuese válida debía llevar el **sello o el signo** de la persona o autoridad que la expidiese. El documento debía comenzar en el nombre de Dios, *y después poner palabras buenas y apuestas, según conviene a la razón sobre que fuere dado*, nombrando a quien beneficia, a su mujer, hijos y parientes, y diciendo en que consiste la donación que en él se hace. Finalmente, se dirá quien es el rey que lo concede, con el nombre de su mujer, incluyendo la maldición para los que le quebrantasen.⁶⁸⁴ Irá refrendada la carta por el notario o escribano ante el que se escribió, actuando como secretario, y se registrará en el libro de las mercedes, y en cuanto al sello, el hecho de que se pudisen sellar de dos maneras, hace que estos instrumentos se les distinguiese entre sí: cuando estaban firmados por el Rey con su sello, se les llamaban albalá o cédula, y en los que aparecía inserto el nombre del Rey, de la reina, de los infantes y demás próceres, se les llamaban rodados pues los nombres que en ellos aparecían escritos en

⁶⁸³ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 171 y 172.

⁶⁸⁴ P.P. 1y2.18.3.

forma de rueda. Con posterioridad, por una disposición real dada en las Cortes Valladolid de 1442, a petición de los procuradores, se limitó la concesión de donaciones a favor de terceros sobre los bienes y lugares del reino, y para los casos en los que fuese necesario hacer la enajenación, se establecía que se debía aprobar la donación de acuerdo con los miembros del Consejo a presencia de seis procuradores de las principales ciudades llamados a tal efecto.⁶⁸⁵ Más adelante los privilegios y sus confirmaciones se otorgaban por el Real y Supremo Consejo de la Cámara, y se refrendaban por el Secretario de la Cámara, lo firman o rubrican los señores de ella a la espalda de la firma real, se registran y se sellan en la Chancillería u oficina del Real Sello, y se toma la razón de ellos en las contadurías que están previstas para este fin.⁶⁸⁶ Quedan con estos criterios asegurados los requisitos de forma en la expedición de las cartas de privilegios que las hacen válidas para ser presentadas y esgrimidas en juicio o frente a terceros, siempre que tenga buen aspecto y que no esté roto o deteriorado o alterados los sellos, en cuyo caso deberá el que lo esgrime desvirtuar la apariencia de nulidad que presentaría esta carta. Estos documentos hacen prueba en juicio en todo su contenido, pues se les dá el valor probatorio del documento público. **Las Partidas** incluyen estas cartas en el título de los instrumentos para probar, y por lo tanto no precisan ser ratificados por testigos. Ahora bien, hay que conocer qué privilegios y con qué carácter se podían aportar, y se aportaban en los juicios. En principio, en lo que afecta a su **presentación** en juicio, podía aportarse el original o bien una copia testimoniada o autenticada, que deberá ser registrada por el escribano de la causa.⁶⁸⁷ Después, hay que analizar en que momento se aportarían estos documentos, pues pueden ser aportados con el escrito inicial o con

⁶⁸⁵ N.R. 3.10.5. No.R. 8.5.3.

⁶⁸⁶ TAPIA, Ob. Cit. Pag. 172.

⁶⁸⁷ ORTIZ DE ZÚÑIGA, Ob. Cit. Pag. 49.

la contestación a la demanda, si el derecho de quien lo aporta se basa en su contenido, y también pueden aportarse en período probatorio si están dirigidos a probar determinados hechos o alegaciones de las partes. En cualquier caso, su valor o su fuerza de probar, una vez supuestos todos los requisitos formales, devienen de su propio contenido. Si tenemos en cuenta que los privilegios son **favores de la voluntad real**, que están dirigidos a otorgar algún derecho a persona o persona, y que el contenido de este derecho se puede hacer en forma afirmativa o de negación, como estar eximido el favorecido de determinadas obligaciones generales para el resto de las personas, es precisamente la realidad fáctica de lo que el privilegio en sí otorga lo que las partes pueden alegar en un pleito, y claro está, si lo alegan deberán probarlo aportando el documento que lo respalda.

Vale como ejemplo la petición presentada ante el Corregidor de Olmedo en el pleito de evicción planteado contra varios codemandados, hermanos todos ellos y herederos de los vendedores; uno de ellos, después de haber sido emplazado presenta pedimento en el cual, después de advertir que sólo comparece a los solos efectos de poner de manifiesto su situación privilegiada, por lo que considera que, *sin ser visto conceder más jurisdicción que la de derecho le compete y es declinable*, aporta testimonio de una carta de privilegio, en la que consta que siendo soldado, tiene la preeminencia de que se le exima de las contribuciones debidas a S.M., excepto los Millones y Alcabalas, y a *no ser reconvenido en ninunguna causa civil o criminal, ante ningún otro juez que no sea su Capitán*.⁶⁸⁸ Ante esta petición, el juez acuerda darle traslado a la parte demandante, que nada dice sobre la petición de inhibición, y el pleito se resuelve sin tener en cuenta tal cuestión. Es el contenido del privilegio el hecho de estar liberado de comparecer ante juez ordinario, y estar sujeto a su propio fuero, en este caso el de la Guardia de

⁶⁸⁸ CHAN. VALL. P.A. 3782-4

S. M.; supone así el hecho del privilegio, la concesión de un derecho, la exención del fuero, y la prueba de su existencia con el documento que lo acredita, con lo que el valor probatorio queda enmarcado en la alegación en si misma, alegación que en cualquier caso no tendría ningún valor si no está respaldada por el testimonio de la carta de privilegio. Y funciona tal alegación probada, pues al demandado privilegiado no se le vuelve a mencionar en todo el asunto.

10.3 PRESUNCIONES, LEY Y FAMA COMO FORMAS SUPLETORIAS DE PROBAR.

El complejo andamiaje legal y doctrinal que sustentaba todo el sistema probatorio en el proceso del Antiguo Regimen, no siempre resolvía todos los supuestos que podían producirse en un pleito, dejando al descubierto espacios confusos en los que la intervención de las partes y del juez podían delimitar los resultados. Si el sistema de pruebas legales y tasadas aparecía perfecto y perfeccionado doctrinalmente, lo cierto es que en la realidad podían producirse situaciones en las que las pruebas válidamente admitidas, confesión, documental y testigos, no resultasen suficientes para demostrar determinadamente la existencia de hechos o la veracidad de alegaciones. Podían las partes en estos casos intentar llegar a la convicción del juez utilizando otros medios de probar, menos perfectos, pero a los que se recurría de una forma **supletoria**, por carecer las partes de otros vehiculos probatorios. Queda así en entredicho el sistema de pruebas legales y tasadas tan insistentemente mantenido por la doctrina jurídica desde la recepción del Derecho Común, pasando a primer lugar el opuesto, es decir, la íntima convicción del Juez o la dirección a tomar cuando se prueba en un pleito.⁶⁸⁹ El hecho cierto es que los autores prácticos del XVIII recogen como medios de prueba **las presunciones y las conjeturas**, en los casos en

⁶⁸⁹ Sobre este tema, ver M.PAZ ALONSO, en la obra citada, pags. 234 y ss.

los que fallen los medios admitidos como legales o válidos, es decir, la confesión de las partes, los testigos o los documentos, o cuando, y esto era lo que ocurría con mayor frecuencia, las pruebas presentadas, aunque válidas, resultaban **insuficientes** según las escalas y valoraciones establecidas: así, un único testigo, o documentos dubitados o impugnados sin que se pueda demostrar su nulidad o defecto, podían ser completados por los indicios o las conjeturas, aunque esta situación requería un elemento que siempre había repugnado a los juristas del derecho común, como era el de la libre valoración por el juez de las pruebas aportadas.

Veamos como enfocaba la doctrina práctica esta cuestión.

1º.- PRESUNCIONES O CONJETURAS. **Gómez Negro**, cuando habla de estos medios de prueba, comienza por decir que son los *intérpretes* los que consideran las presunciones entre los medios de probar, y le parecen *inexactas y confusas sus explicaciones*, que consideran las presunciones como *impulso nacido de alguno o algunas circunstancias que mueven al juez para que forme este o el otro concepto*,⁶⁹⁰ es decir, para los autores **el juez se ve movido, es decir, convencido por circunstancias** solamente, no por hechos objetivos determinantes, lo que supone un total giro en el concepto civilista de que el juez no debe valorar las pruebas por su solo arbitrio; lo que es lo mismo que considerar que el juez se **autoconvence** partiendo del efecto probatorio que él mismo concede a **simples circunstancias**. Para el autor mencionado las definiciones dadas por la doctrina son confusas, pues no delimitan tres ideas distintas: **las presunciones serán juicios o sospechas tomadas del modo que generalmente tienen los hombres de conducirse, y de las leyes ordinarias de la naturaleza**. Por el contrario, **conjeturas** será *el juicio que se forma de las circunstancias particulares de las personas*. Y finalmente, **los indicios** procederían de *vestigios o señales que dejan tras si los hechos*. Se debe entender así, según el

⁶⁹⁰ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pag. 111. El autor se remite en su definición a SALA, lib.3º tit.6º, num 27.

autor, que las presunciones se deben basar en una valoración de las circunstancias que procede de formas de actuar o de comportarse generales, mientras que las conjeturas tendrán un ámbito particular, ceñido a cada situación concreta, aproximándose más a la realidad en los indicios, que sí suponen una relación más directa con los hechos objeto del debate. En cualquier caso, sí parece que debía existir una cierta confusión al emplear estos términos, pues el propio **Gómez Negro** a continuación lo utiliza confusamente y **Tapia** agrupa presunción o conjetura en una misma explicación; **Hevia Bolaños** dice que presunción es *la sospecha que se tiene del hecho*.

Estamos por tanto ante una conclusión que depende de un **juicio deductivo lógico**, por el que se dá por cierto unos hechos dudosos, partiendo de otro dato que sí es cierto, y este juicio deductivo significa subjetividad en la forma de probar, por lo que este medio se puede considerar **impuro o contaminado** frente a las restantes pruebas objetivas. En lo que sí confluyen los autores es en la elaboración doctrinal del hecho jurídico/procesal de las presunciones, reconociendo que no se encuentra la disertación en las leyes, siendo seguramente invención de los intérpretes.⁶⁹¹ Comienzan por distinguir tres categorías generales de presunciones: **de derecho, de hombre y de hecho**. De estos tipos de presunciones, **las de hombre y las de hecho** son imperfectas y por la tanto no hacen prueba por su total falta de objetividad y de certeza, ya que las que se consideran de hombre solo se basan en el buen juicio general de las personas, y las de hecho en ocurrencias pasadas o futuras, por lo que a la libre valoración del juzgador habría que añadir la circunstancialidad.

Pero las presunciones de derecho sí podían hacer prueba, incluso prueba plena. Así está admitido no solo por la doctrina, sino por la propia ley, pues en la ley de **Partidas** en la que se enumeran las formas de probar aparece la *presunción*, que es lo mismo que una gran sospecha,

⁶⁹¹ TAPIA, Ob. Cit. Nota p.p. 175.

y que para algunos casos supone prueba.⁶⁹² De todas formas, no todas las presunciones tenían la misma entidad ni el mismo valor probatorio, pues las llamadas **presunciones de iuris** o de derecho, son las que tienen su base en el propio derecho pues están recogidas por las leyes, y se consideran ciertas siempre que no se demuestre lo contrario, por lo tanto, mientras no ocurra esto y se desvirtuen, pueden hacer prueba plena. Duda que no cabe o no se puede plantear en las **presunciones uris et de iure** que hacen prueba plena. **Tapia** introduce algunos ejemplos explicativos de uno y otro tipo de presunción; si la legitimidad de un hijo habido en legítimo matrimonio se debe presumir mientras no se demuestre lo contrario, estando ante un caso de presunción de iuris; es irrefutable el hecho que ocurriendo la comoriencia de marido y mujer, siempre se supone que ella habrá muerto primero, como una presunción basada en el derecho (título 33, de la Partida 7), por lo que sería una presunción iuris et de iure.⁶⁹³ El mismo autor incluye en las presunciones de derecho la idea de que todo ciudadano es inocente y está en la legítima posesión de sus derechos, y concluye diciendo que en las causas civiles dos pruebas semiplenas pueden hacer prueba,⁶⁹⁴ pero que las presunciones no deben ser consideradas como verdaderos medios de prueba. Sabemos que **Gómez Negro** escribió como autor dentro de la línea de estos autores de finales del XVIII, pero también encontramos en su obra objeciones críticas a situaciones o instituciones de derecho que consideraba poco acordes con el racionalismo de su momento. Quizás en esta línea, dudase de la conveniencia de utilizar este medio de prueba tan dependiente de la íntima valoración y convicción del juez, por ser una vía de introducir sentencias poco objetivas, que solo adquieren valor de cosa juzgada en los casos en

⁶⁹² P.P. 8.14.3.

⁶⁹³ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pag. 113.

⁶⁹⁴ SALA, Ob. Cit. Pag. 213

los que está dada basándose en otras pruebas que no sean sólo presunciones. Y autores menos críticos como lo era **Tapia**, también consideraba que *los miembros de la presunción de derecho, hasta ahora oscura y desaliñadamente definidos, debieran ser más breves, más claros y significativos* debiendo omitirse la presunciones de hecho.⁶⁹⁵

En la práctica no es frecuente encontrarse con la alegación de presunciones como medio de probar, pero puede valer el ejemplo de la prueba aportada por Antonio Dávila, al que se le presenta un pleito ejecutivo ante el Corregidor de Salamanca en 1715, para que cumpla con la obligación contenida en una escritura en la que se comprometía a pagar a Pedro García la cantidad de 3000 reales por **apartarse** del pleito matrimonial en el que ambos exigían el cumplimiento de promesa de matrimonio dada por Josefa García Ramos. Se opone el demandado a la ejecución, y en los diez días de la ley solicita que se le dé testimonio del pleito de matrimonio seguido ante jueces eclesiásticos un año antes. Cuando aporta como medio de prueba este testimonio, lo acompaña con un escrito de alegaciones sobre lo que pretende probar. En otrosí, refiere que la Iglesia **presume a la cópula** el consentimiento esponsal, ya que los esponsales pasan a matrimonio “per carnis copulandi”. Y que de la ejecución del consentimiento carnal **se presume** el consentimiento conyugal, *cuya presunción llaman los autores iuris et de iure*. Y además sólo hay que probar la presunción si no consta que la cópula fue admitida en fuerza de la palabra matrimonial anterior, y sobre todo que la cópula y la palabra de matrimonio hacen **matrimonio presunto**.⁶⁹⁶ Trataba con ello de demostrar el demandado la ausencia de obligación de pagar, pues la promesa de matrimonio que le exigía que cumpliera Pedro García a Josefa era nula al existir una **presunción de matrimonio a su favor** al haber cohabitado con

⁶⁹⁵ TAPIA, Ob. Cit, nota a p.p. 175.

⁶⁹⁶ CHAN. VALL. P.A. 2582-6.

la mujer y por lo tanto se debía tener como cierta la existencia de este matrimonio entre ambos. Está utilizada la presunción como medio de prueba. En otros casos la presunción aparece enmarcada dentro de un escrito de alegaciones, como un auto más a tener en cuenta en los argumentos esgrimidos, diciendo, por ejemplo, que “la presunción del derecho se halla en contra de la madre”, por el hecho de que hubiese contraído segundo matrimonio, como un argumento para que se la excluyese de la tutela de su hija menor.⁶⁹⁷ No se puede considerar la presunción como una institución autónoma probatoria, si no más bien como un mecanismo de derecho que puede ser utilizado dentro de la actividad probatoria.

II.- LA LEY O FUERO UTILIZADA COMO PRUEBA PROCESAL

En **Las Partidas** se dice que *toda ley de este nuestro libro que alguno alegare ante el juzgador para probar y averiguar su intención, que si por aquella ley se prueba lo que dice, que valga y que se cumpla*.⁶⁹⁸ Si la ley o fuero que se alega para probar es una ley extranjera, no hará prueba pues las que no son del reino no tienen fuerza de tales; si los colitigantes son extranjeros, y la controversia es sobre contrato celebrado en su reino, la decisión del conflicto ha de tomarse de acuerdo a las leyes y fueros de ese lugar. Por el contrario, si el objeto del pleito está en los términos del reino, o el contrato se celebró en su territorio, las leyes a aplicar son sus leyes propias, siempre siguiendo el orden de prelación del Ordenamiento de Alcalá,⁶⁹⁹ *ya que últimamente todo lo perteneciente a derecho se prueba con la ley del reino, y no extraña*.⁷⁰⁰ Este último comentario viene a demostrar la vigencia en la aplicación de esta norma, y por el contrario su no aplicación anterior. Se pretende utilizar una norma jurídica, no por su carácter dispositivo,

⁶⁹⁷ CHAN. VALL. P.A. 3325-1

⁶⁹⁸ P.P. 15.14.3.

⁶⁹⁹ TAPIA, Ob. Cit. Pag. 175.

⁷⁰⁰ JORDAN DE ASSO, Ob. Cit. Pag. 306.

si no por la regulación de la situación de hecho que en ella se hace, que a su vez sirve como argumento procesal probatorio.

III.- LA FAMA Y LA NOTORIEDAD COMO UN RECURSO PARA PROBAR.

En ausencia de medios para probar determinados hechos, se podía recurrir a la aplicación de una circunstancia que también servía de base para dar veracidad a las declaraciones de los testigos como era que **los hechos fuesen de conocimiento público** y en ese conocimiento de la mayoría adquirirían mayor fuerza y certeza las afirmaciones que se viniesen a hacer en un pleito.⁷⁰¹ El hecho de la fama, que en principio no es más que un rumor generalizado, para que pueda actuar como prueba precisa que exista un hecho **notorio y manifiesto** y que la mayor parte de los habitantes del lugar afirmen conocerlo por haberlo visto, o bien oído a otras personas, que son fidedignas, y que a su vez lo vieron directamente. Se basa la fama pública, en que son hechos creídos como ciertos por un número considerable de personas, y por lo tanto no pueden ser puestos en duda, aportando tan firme convicción al juez que puede llegar a tener el valor de prueba hecha y por lo tanto los hechos notorios no necesitarían prueba.⁷⁰² Si en el rumor no hay referencia a nadie como origen del conocimiento, en la fama se da la relación entre la información y el origen de la misma. La fama se inserta en el tipo de prueba que **ha de ser valorada personalmente por el juez** teniendo en cuenta la cualidades, las causas, conjeturas y

⁷⁰¹ En la práctica, al recibirse la declaraciones de los testigos y hacerles las llamadas preguntas **generales de la ley**, se incluía la pregunta para que *los testigos digan de público y notorio, pública vos y fama y común opinión*. Se tarataba de una cláusula de estilo que se aplicaba en todos los interrogatorios de testigos.

⁷⁰² La doctrina procesal siempre ha considerado que lo hechos notorios no necesitan prueba, basándose en el brocardo *notoria non agent probatione*, y así se entiende en la actualidad por algunos autores, aunque la jurisprudencia ha venido a matizar esta necesidad al considerar que no está exento de prueba por la parte que intenta velarse de él, quedando exonerados de prueba la notoriedad evidente concerniente a los hechos de la vida diaria que son conocidos por la mayoría social.

personas en las que se origina, la gravedad del asunto y las demás circunstancias.⁷⁰³ Estamos pues ante la misma situación que se planteaba al hablar de las presunciones, y del giro que se apreciaba en el sistema de valoración de pruebas, por el que se introducía la discrecionalidad del juez, frente a las reglas tasadas, en ausencia de datos más objetivos. Este matiz de subjetivismo hacía a los autores dudar de la efectividad de esta prueba en las causas civiles, pues desde luego era un medio de prueba excluido en causas criminales expresamente por la ley.⁷⁰⁴ En cualquier caso, se le podía dar a la fama el valor de prueba semiplena, que necesitaría estar reforzada por otro medio probatorio que la completase, aunque en determinadas circunstancias se entendía que su valor sí podía llegar al de la prueba plena. Se trataba de casos en lo que era imposible llegar a otra prueba más eficaz, por las propias circunstancias del hecho o por la simple ausencia de otras pruebas, serían los casos de **hechos antiguos y sin documentar, las cosas de leve perjuicio o las de difícil prueba**. En los casos en que se intentaba esta prueba con mayor frecuencia era para poder declarar al ausente como fallecido. La ausencia prolongada de una persona, unida a circunstancias de riesgos, como una catástrofe, un viaje peligroso o la guerra podían ser la base para que a una persona se le considerase como muerta, siempre que se reforzase con la declaración de al menos dos testigos que debían deponer sobre el origen de conocimiento que tenían de las circunstancias y los hechos, diciendo a que persona le oyeron lo que saben, *pues la fama debe traer su origen de noticias probables, y la vana voz del vulgo que carece de autor no solo cierto, sino fidedigno y de verosímiles fundamentos, no es atendible, por lo que los testigos deberán expresar la causa de las que se deriva, afin de que el juez discierna si son*

⁷⁰³ TAPIA, Ob. Cit. Pag. 175.

⁷⁰⁴ P.P. 12.14.3.

*probables, o es voz vana.*⁷⁰⁵

En la práctica no es fácil encontrar situaciones en las que se argumentasen hechos en base a la existencia de la fama pública o la notoriedad de los hechos. **La notoriedad** podía ser simplemente las declaraciones exigidas a una de las partes, previas a las alegaciones definitivas de la fase inicial, para que afirmase unos hechos como *indubitadamente ciertos*. Así ocurre cuando el demandado en el pleito de ejecución de contrata que el Monasterio de San Zoilo de Carrión le plantea a un fabricante de tejas de Paredes de Nava, le exige a los demandantes, dos monjes del monasterio que actúan en nombre de la comunidad, que declaren afirmativamente a determinadas cuestiones que fijarían el litigio dentro de determinados términos; y aunque en puridad procesal se trata de una confesión previa, el propio escribano que hace el interrogatorio y toma nota de las respuestas, llama a esta actuación **NOTORIEDAD**, pues se trata de fijar unos hechos como evidentes y ciertos dentro del contexto de la reclamación.⁷⁰⁶ Y en otro plano en el que en la práctica aparece la *notoriedad* como un concepto procesal sería en el llamado **recurso de injusticia notoria**, como el que formula ante el Consejo María Claudia Quevedo, vecina de Valladolid y viuda de un contador de Millones, contra la decisión de la Chancillería que le impone una multa por haber presentado a los oidores un “papel” en una ejecución, y que los jueces dicen que contiene expresiones injuriosas contra los que habían fallado en la causa. Después de haber pedido ante la misma Chancillería licencia para suplicar y no habérsela concedido, solicita un testimonio de las sentencias y autos para presentarse ante el Consejo, testimonio que deja ver la *notoria injusticia* por no darle todo lo que pedía y por la multa y

⁷⁰⁵ TAPIA, Ob. Cit. Pag. 177.

⁷⁰⁶ CHAN. VALL. P.A. 3581-3.

apercibimiento.⁷⁰⁷ Juega la notoriedad como un concepto genérico en la práctica y estilo de tribunales que puede servir de argumento o punto de partida para exigir o reclamar en base a la evidencia de unos hechos, y que por lo tanto no necesitarían los cauces normales probatorios, utilizando un recurso no ordinario por lo evidente de la cuestión planteada.

Resumiendo, para que la fama haga prueba tiene que ser uniforme y no variable, proceder de personas fiables, que se coplemente con la declaración de dos testigos, y que los testigos den razón del origen de su conocimiento. Con todo ello, y la ausencia de otra forma de probar, el juez debe valorar las circunstancias en las que se han producido los hechos y como se ha desarrollado la prueba, para poder resolver su valor. Es desde luego una forma de probar, no sólo subjetiva por la personal valoración que ha de hacer el juez, sino sujeta a variables externas que la condicionan. Con todo, se recurría a este medio cuando no resultase factible las formas de probar más convencionales o las dificultades en conseguir las harían que los hechos quedasen ciegos y no ciertos para el juzgador.

10.4.-LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS EXPERTOS EN LAS PRUEBAS:

LOS PERITOS

Una de las instituciones procesales que la codificación elevó al rango de ley y que procedía de la práctica judicial y del estilo de los tribunales ha sido la **prueba pericial**. En el período anterior a la Codificación, la intervención de terceros expertos en el pleito no tuvo nunca ni rango ni reconocimiento como prueba, pero la realidad venía a demostrar dos cosas: que la aportación de información al juez por terceras personas con conocimientos especiales, conocimientos que por otra parte se admitía que el juez no poseía, se hacía necesaria en muchos casos para mejor conocer y apreciar los hechos del debate; y por otra parte, la realidad procesal

⁷⁰⁷ A.H.N. CONJS. 13090-5.

en la que era frecuente encontrar estas intervenciones. Tenían pues los peritos el **carácter de un auxiliar del juez** al que acompañaban en determinadas diligencias de prueba, o aportaban sus informes y opiniones en cuestiones en la que el juez necesitaba de una información especial y concreta, sobre conocimientos técnicos, artísticos o prácticos con los que podía valorar mejor las cuestiones debatidas y que intentaban probar. Su aportación al juez era muy variada, aunque siempre estaba referida a actividades muy específicas profesionalmente; intervenían *peritos contadores y tasadores* en los juicios de testamentarias, en las particiones hereditarias, en los concursos de acreedores, y en todos los asuntos de inventario; *maestros agrimensores* en la pruebas que consistiesen en medidas de terrenos o en deslindes, incluso en cuestiones de servidumbres; *los maestros de obras o albañiles* eran auxiliares de los jueces cuando se trataba de valorar si la ejecución de una obra era o no correcta o de fijar cuestiones que de ella derivaban; la declaraciones dadas por *médicos o cirujanos* tenían un especial valor, dados sus conocimientos, para tener en cuenta circunstancias personales consecuencia de situaciones de enfermedad o deterioro psíquico. Estas personas podían facilitar al juez unos datos, más circunstanciales que fácticos, que le permitían entrar a valorar los hechos con criterios basados en los conocimientos que se le aportaban. Con ello, estamos nuevamente ante un sistema en el que la libre valoración del juez es un elemento fundamental a tener en cuenta. En casi todos los casos en los que intervienen peritos, el juez no discute su informe y se basa totalmente en él para fallar el asunto, sólo cuando alguna de las partes recusa la intervención de un perito, o solicita que se someta la cuestión a un nuevo nombramiento, puede el juez desvincularse de la información que se le ha aportado desde una fuente de conocimiento externa. Con ello, se puede entender, que si bien en principio, le correspondería al juzgador valorar individualmente la intervención del perito en el proceso, parece que la situación se invertía: **el que valoraba era el**

perito y el que asumía la valoración externa al pleito era el juez. En cualquier caso, estas intervenciones se producían a solicitud de las partes y eran estas mismas quienes participaban en su nombramiento, estando desde luego presentes en el momento en que los peritos hacían su informe. También conviene hacer una distinción entre la intervención directa de un tercero experto en el pleito, y cuando esta intervención se produce por medio de un testigo especialmente cualificado, pues en este caso, si nos encontramos ante un verdadero medio de prueba, que puede ser valorada de una forma especial por los conocimientos que como experto aporta a la litis, mientras que cuando interviene un experto, por el mero hecho de serlo sin que sea llamado como testigo, nunca tendrá la consideración de prueba, a no ser que su aportación se haga dentro de una diligencia de *vista de ojos*. En cuanto a los conocimientos de estas personas y la forma de seleccionarlos, se podía apoyar en su *inteligencia* entendida como conocimiento u oficio para aportar información;⁷⁰⁸ o podían ser personas cualificadas oficialmente para dar esta información, como el *perito agrimensor* que interviene en la medida de la cabida de una tierras, y que dice en su informe *ser agrimensor examinado por el Supremo Consejo de Castilla*. La realidad debía ser que, salvo este tipo de cualificaciones acreditadas, el juez o las partes recurrían a personas de la localidad a las que cabía suponer un conocimiento especial sobre determinadas materias que las harían cualificadas para facilitar al juez la información que estaba solicitando.⁷⁰⁹ En cuanto al nombramiento, ya se ha dicho que normalmente este correspondía a las partes y que cada parte nombraba a un experto para que participase en la prueba conjuntamente, y si no lo hacía, perdía

⁷⁰⁸ CHAN. VALL. P.A. 2791-2

⁷⁰⁹ Estamos ante un juego de presunciones o suposiciones, partiendo del contenido de la actuales leyes procesales, que como se ha dicho regulan la prueba pericial basándose en la práctica anterior. En la L.E. Cv. (Art. 615 in fine) se admite que no existiendo peritos con título en la ciencia o arte al que pertenezca el punto sobre el que han de dar su dictamen, podrá ser nombrada cualquier persona entendida o práctica, aun cuando no tenga título. Y la L.E. Cr., en su art. 457 admite la diferencia entre peritos titulares y los no titulares, que careciendo de título oficial, tienen sin embargo conocimientos o práctica especial en alguna ciencia o arte.

esta capacidad. El juez les ofrecía la posibilidad del nombramiento, al mismo tiempo que se les notificaba el que había hecho la otra parte; a estos nombramientos, en los que no intervenía el juez, las partes podían oponerse y **recusar** a los que nombrase la parte contraria.

Así ocurrió en el pleito que se ha mencionado el hablar de la diligencia de inspección ocular, a la que concurrieron maestros de obra por ambas partes; en los nombramientos se producen dos recusaciones y una excusa; ambas las formula la propia parte sin que intervengan los peritos en cuestión, y sin que se den motivos, diciendo únicamente que *por justas causas que a mi parte mueven, y dejando en su buena opinión y fama al citado Agustín, le recuso con el juramento necesario*,⁷¹⁰ y para hacer la diligencia de inspección ocular, el perito se excusa por no poder asistir el día que estaba señalada, sin dar motivos. En otras ocasiones, al notificarles a los peritos el nombramiento como tal, estos se excusaban, también sin alegar motivos. Pero aún en las causas civiles podía el juez de oficio hacer la designación de los peritos; así lo hace el Juez de Pedro Manrique, a solicitud de la demandante en el asunto en el que se discute la tutela de una niña menor entre su abuela y su madre; en un momento de la contienda se hace necesario fijar cuales son los bienes de la niña, y el juez nombra a dos **peritos contadores** para que hagan este cálculo, nombramiento en el que no intervienen las partes, pues los mismos contadores en su informe-certificación insisten en que han sido nombrados por el juez, y desde luego no han sido recusados. Una vez nombradas estas personas para intervenir en un pleito como auxiliares de un juez, sean designados por las partes o por el propio juez, han de aceptar y jurar el cargo, pues su intervención procesal queda condicionada a la libre voluntad de hacerlo y al compromiso de que lo harán *bien y fielmente* de acuerdo con lo que saben y conocen.

Y la forma concreta que tenían estos expertos de aparecer en el proceso, podía variar,

⁷¹⁰ CHAN. VALL. P.A. 2791-2

desde el simple **informe**, o una **certificación**, o incluso la **participación directa** en las diligencias que como *prueba de ojos* podía hacer el juez. Lo vimos al hablar del reconocimiento judicial, como los maestros albañiles, o de obra, opinaban en el mismo acto de la prueba sobre el estado de la cuestión debatida, y además comparecían a los pocos días a dar verbalmente su informe al juez, diciendo qué era lo que habían reconocido *y declaran de común acuerdo y conformidad* aquello que consideran que es correcto.⁷¹¹ Puede aparecer la opinión del perito en los autos como un simple informe o una constancia de su opinión:

“Digo yo Manuel Arévalo Allar, vecino de la villa de Abades, *agrimensor examinado por el Supremo Consejo de Castilla*, que expreso haber medido una heredad en el lugar de Roda, de Juan Martín Casado,[...] en cuya suposición se hizo pesquisa de buscar al Alcalde, y no habiéndole hallado fue precisión reclamar el Señor Felipe de Frutos que a presencia se halló con labradores de pericia, y todos contestaron con fidelidad, *y por mi medida he hallado 320 estadales*. Y por ser verdad lo firmé en 18 de julio de 1764.”⁷¹²

Con esta especie de nota aportada en las actuaciones, el experto agrimensor explica las operaciones llevadas a cabo para hacer su medición y la intervención de terceros. A continuación de este informe, el fiel de fechos hace una certificación diciendo que han comparecido dos personas como nombrados **peritos de justicia**, quienes ante el Alcalde, después de jurar, dicen haber tasado unos bienes en venticuatro cuartos y medio. De esta forma, la valoración que hacen dos persona llamadas por el juez, y ajenas al pleito, de unos determinados bienes, queda fijada por medio de la **certificación que hace el fiel de fechos**. Lo mismo hacen los peritos contadores en el pleito de tutela mencionado, quienes después de preguntar a una de las partes sobre las circunstancias de sus bienes dotales y de los hereditarios de su hija, sólo que este caso ellos

⁷¹¹ CHAN. VALL. P.A. 2791-2

⁷¹² A.H.P.S. J-1027/28

mismos certifican que las ovejas y la yegua son bienes que quedaron a la muerte del padre de la niña, y lo hacen *según su conciencia*, añadiendo finalmente el inventario de la hijuela, como una relación detallada de bienes muebles y su valor.

Con esta simple fórmula se incorporan a las actuaciones opiniones personales de terceros, opiniones y valoraciones que el juez acaba asumiendo como propias, y que por este medio quedan incorporadas al propio proceso.⁷¹³ Supone por lo tanto esta práctica de tribunales, la incorporación al sistema probatorio de unas operaciones no reconocidas por las leyes ni admitidas como medios de probar, pero que se ajustan a una cierta necesidad del juzgador de que se le aporten determinados conocimientos de los que él mismo carece, para lo que recurre a personas que se supone expertas, y que una vez que han dado su opinión, esta pasa a formar parte de la convicción íntima del juez, desde la que acabará emitiendo un fallo. Por lo tanto, pese a la no regulación legal de esta figura, y a su única base práctica, su importancia real no es nada desdeñable y debe ser tenida en cuenta como un parte de las actuaciones probatorias.

10.5. LA RESTITUCIÓN “IN INTEGRUM” COMO UN PRIVILEGIO PROCESAL.

En el proceso romano-canónico en general existe un principio que está presente en todo su curso; es el principio de **fases procesales preclusivas** que hace que una vez que se ha finalizado una fase del pleito, es imposible volver a la anterior, viéndose cerrada la posibilidad de hacer actuaciones que no estén incluidas en la fase en la que se encuentra en cada momento

⁷¹³ La codificación, al mismo tiempo que asumía la realidad práctica de los peritos como medio de probar, incorporaba al sistema unas garantías de mejor aplicación, para que la valoración subjetiva del juez estuviese respaldada por una forma de hacer que no perjudicase a las partes. Se exige que los peritos juren su informe, y que se haga la aportación a presencia de las partes para que puedan hacer aclaraciones al mismo.

el proceso.⁷¹⁴ Así, en la fase de prueba no se pueden hacer ningún tipo de actos procesales que no sean los propios de este momento, quedando excluido el hacer alegaciones o aportar hechos nuevos; pero una vez que se han hecho todas las pruebas que las partes pretenden en sus escritos de prueba, o que el término para ello ha finalizado, la máquina procesal debe seguir su marcha, y para ello el paso que se ha de dar es el de **cerrar o concluir este período**. Las pruebas de confesiones y de testigos se han ido haciendo en sus momentos, y se han traído los documentos que las partes consideran necesarios para demostrar sus argumentos; con todo ello se han ido formando las **piezas de prueba** que materialmente consisten en elementos documentales pertenecientes al pleito pero que están sin unir a los autos principales; en estas “piezas” o partes de los documentos procesales cada parte por separado ha ido formando su prueba material, y aunque cada una de ellas puede estar o participar directa o indirectamente en su práctica, se supone que son dos cursos del proceso independientes sin que la contraria conozca lo que cada uno ha confeccionado en su propia prueba pues han de permanecer en la Escribanía hasta que se unan a los autos principales. Pero estas piezas o elementos documentales están destinados a integrarse en el proceso del que proceden, y llegado el momento, bien porque las partes lo piden, bien porque el juez de oficio lo acuerda, haciendo uso del impulso procesal innato a su propia función de ordenar el proceso, se unen a los autos para darle publicidad, es decir para que sus resultados sean conocidos por los participantes en el proceso: es el momento de **publicación de las pruebas** que supone el paso previo para que las partes puedan **concluir** haciendo sus respectivas alegaciones a lo que se ha probado y resumiendo sus resultados.

Pero en este momento aparece una institución procesal de clarísimo matiz privilegiado por la cual determinadas personas o instituciones, si consideran que no han probado todo lo que

⁷¹⁴ Existe una cláusula de estilo que tiene su origen esta idea fundamental y que ha pasado a la actualidad, y es la utilizada para rechazar peticiones de las partes *por no ser el momento procesal oportuno*.

precisan, o si no han formulado todas sus excepciones partiendo de un posible perjuicio causado por quien administra sus bienes o cuida de su persona, pueden pedir que se tenga en cuenta este privilegio, y que se les conceda la posibilidad de un nuevo tiempo para probar. Estamos ante la llamada **restitutio in integrum**, figura procesal admitida en general por la doctrina y la legislación real y que supone el reconocimiento de un privilegio o favor para algunas personas dentro de la propia mecánica del proceso. Concebida la institución de la restitución en un principio como un medio de proteger a los menores, su función de privilegio se extendió también a las universidades, iglesias y comunidades de utilidad pública, y parte del criterio de dar mayor protección a aquellas personas que pueden encontrarse en situación de desprotección, criterio que también informa los **casos de corte** como una muestra permanente de la justicia retenida por el Rey y dirigida a proteger a los más desprotegidos. Y desprotegidos se habían considerado siempre a los menores no sujetos a la patria potestad y sí a curadores o tutores, que pueden estar sometidos a engaño y por lo tanto ser perjudicados por su propia situación de minoría de edad, *porque no han entendido bien las cosas, como sería necesario, por culpa o engaño de sus guardadores o de otro*.⁷¹⁵ En esta situación, al menor se le concede el privilegio de pedir al juez que le *retorne* o le devuelva al estado en que estaba antes de haber hecho cualquier acto procesal o extraprocesal, pues *restitución en latín tanto quiere decir en romance, como demanda de entrega que hace el menor al juez que le torne algún pleito o alguna postura que ha hecho con otro, tiene daño, de si en el estado primero en que antes estaba y que revoque el juicio que fuese dado contra él, y vuelva el pleito en el estado en que era antes de que lo diesen*.⁷¹⁶ Todo ello para guardar a los menores del daño que les podía venir por su fragilidad o por el engaño a que

⁷¹⁵ P.P. 1. 1.9 6.

⁷¹⁶ Ibidem.

se vieses sometidos. Basándose en el **derecho de gentes y en el interés público de la sociedad**, admite la doctrina en general que a los menores no se les puedan exigir el cumplimiento de aquellas obligaciones derivadas de acuerdos tomados en su nombre por tutores o curadores, pudiendo reclamar el daño que padecerían si cumpliesen estas obligaciones, y para que no sea incompatible la existencia de las obligaciones con la falta de cumplimiento, se crea la figura de no intervención de los menores en estas obligaciones *fingiendo que [...] se hallan en el estado y tiempo anterior a ellas libres y expeditos para consultar sus intereses, y preservarlos de la pérdida que ya habían conocido*.⁷¹⁷ El motivo y origen de esta situación privilegiada lo encuentran los autores precisamente en el mismo desamparo en se pueden encontrar los menores de edad y a la pérdida de sus bienes, y que necesariamente se ven sujetos a tutores, curadores y defensores, aunque algunos lo juzgan exagerado al suponer un desfase de las normas de competencia jurisdiccional que exigen que se haya de seguir el fuero del demandado en las demandas y que los pleitos en primera instancia se han de ver ante jueces ordinarios.

En cuanto a la extensión del privilegio a otras instituciones, hay que entender que se justifica porque las iglesias y comunidades ven gobernados sus bienes por representantes, que al administrarlos pueden incurrir en dolo o en engaño con el correspondiente daño para su titular, *pues les falta sin embargo la circunstancia principalísima del interés propio que es el que excita la actividad y rectitud en la operaciones, notándose por lo común su indolencia y flojedad para alcanzar el beneficio ajeno,[...] abusando de la actitud y desidia de los menores de edad y de las comunidades que no tienen voz para reclamar su perjuicio [...]*.⁷¹⁸

Partiendo de esta idea , vamos a analizar de que se trata exactamente esta figura dentro

⁷¹⁷ CONDE CAÑADA, Ob. Cit. Pag 127 y ss.

⁷¹⁸ Ibidem.

del proceso, cuales son sus requisitos y sus formas, así como sus consecuencias. Una vez que una de las partes pide la unión y publicación de las pruebas, bien porque considera que ya están todas las propuestas hechas o porque ha finalizado el término de probar concedido por el juez, y de la petición se dá traslado a la parte contraria, puede ésta si es menor, o cuerpo que goce del mismo privilegio, pedir *término por via de restitución para hacer prueba, si la emitió enteramente en el término regular, o para probar algún hecho o excepción nueva*.⁷¹⁹ La petición la hará dentro de los quince días después de la publicación, jurando que no pide con malicia,⁷²⁰ sin que exceda de la mitad del término que se le concedió para hacer tal prueba, y siempre por una sola vez.⁷²¹ Podría existir la duda de si la ley se refiere al término de prueba concedido en principio, o si todo el término prorrogado, y aunque el mensaje de la norma es claro y escueto, parece que la práctica fue configurando que el término de probar se midiese en toda su extensión, sea o no prorrogado.⁷²²

Pero aunque el juez debe admitir este tipo de peticiones siempre que se presenten en tiempo, es necesario que sean tenidas en cuenta una serie de circunstancias que devienen en requisitos para que la situación activadora del privilegio se produzca, y en consecuencia pueda el

⁷¹⁹ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 114.

⁷²⁰ GONZALEZ DE TORNEO, Ob. Cit. Fol. 10.

MONTERROSO Y ALVARADO, Ob. Cit. Fol. 12.

En la práctica basta el juramento de no solicitar con malicia para que la petición pueda ser admitida.

JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pag. 40. N.R. 5.9.4.

⁷²¹ N.R. 3.8.4. NoR. 3.13.11. Se trata de una ley de las Ordenanzas de Madrid, en la que en su exposición de motivos se explica el daño que se viene haciendo con el abuso de el privilegio de restitución.

⁷²² GOMEZ NEGRO, Ibidem.

TAPIA, Ob. Cit. Pag. 199: *según práctica inconcusa del Consejo se concede la mitad de todo el término ordinario, sea o no prorrogado, porque es uno mismo concedido en varias veces, y no término nuevo [...]; bien que si no se concedió todo el término probatorio, no se debe dejar indefenso el privilegiado; y así se le ha de conceder, no sólo la mitad del primero otorgado, sino el que tuviere por competente el juez, atendida la cualidad del negocio litigioso, como se ha visto practicar. Lo mismo se observa en los demás tribunales de la Corte, y debe practicarse a su imitación en los restantes del Reino.*

juez considerar que se da la situación de hecho necesaria para utilizar y usar de la restitución. Aunque para la aplicación de este privilegio no se exige justificar la lesión, como sí ocurre en los contratos, bastando con una acreditación sumaria de la existencia del beneficio,⁷²³ se le exigen al solicitante tres circunstancias:

- **la primera** es el tiempo mencionado de quince días para solicitarlo desde que se le notifica la publicación de las pruebas.⁷²⁴ Algunos autores consideran que este término se refiere sólo a la concesión del benefico, pero no al tiempo en que se puede pedir, pues nada impide que se solicite antes de la publicación de las pruebas, y aunque lo que sí parece es que se impide que sea pedido después de este término.⁷²⁵

- **la segunda** circunstancia que se exige al solicitante de probar nuevas excepciones, es que deposite la cantidad que le fije el juez, según las cualidades y circunstancias de la causa y las personas. Cantidad que adquiere valor de penalización a pasar como multa al tribunal si aquel que solicita el beneficio no puede probar lo que haya propuesto.⁷²⁶ Los autores se manifiestan de acuerdo en que en la práctica este tipo de fianza no debe utilizarse, pues no viene estando en uso,⁷²⁷ por ser una práctica contraria a derecho, y dándole a la ley todo su valor, pues su objeto es evitar el abuso de un privilegio digno siempre de restricción.⁷²⁸ Se piensa que el uso de esta práctica deriva del perjuicio que podía causarse al menor, actuando la exigencia de la pena/fianza

⁷²³ TAPIA, Ob. Cit. Pag. 199.
ORTIZ DE ZUÑIGA, Ob. Cit. Pag. 53.

⁷²⁴ ORTIZ DE ZUÑIGA, Ibidem.
GOMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pag. 115.

⁷²⁵ TAPIA, Ob. Cit. Pag. 200.

⁷²⁶ N.R. 3.8.4. NoR. 3.13.11.

⁷²⁷ GOMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pag. 115.

⁷²⁸ ORTIZ DE ZUÑIGA., Ob. Cit. Pag 54.

como un medio restrictivo de usar de su derecho, *convirtiéndose entonces esta precaución, por la malicia presunta, en daño de la defensa natural.*⁷²⁹ Pero a pesar de esta actitud de la práctica de no exigir el depósito, como una forma de liberalidad hacia los menores y demás privilegiados, **Tapia** mantiene una postura más crítica, ya que piensa que la pena debería existir en la práctica *porque la malicia interviene frecuentemente en estas restituciones* y por lo tanto es una norma necesaria.⁷³⁰

- **la tercera** exigencia que se hace al solicitante sobre excepciones que se pusieron en la primera instancia, y aún habiéndolas puesto, se repiten en instancia superior por no haberse admitido al no estar planteado en el momento y la forma exigidas, es que no le puede ser concedido nada más que la mitad del termino que se le hubiese concedido para probar en la instancia. Y además debe jurar el solicitante que de las excepciones que se proponen en este momento ha tenido conocimiento reciente de ellas. Y aunque la ley no tiene previsto que se exija juramento de malicia en la primera instancia, se reconoce que en la práctica se viene haciendo.⁷³¹

-**como requisitos** básicos para que se active la figura de privilegio, se tienen que dar unos presupuestos sin los cuales no puede darse la situación subyacente y por lo tanto no puede ser ejercitado. Lógicamente es inherente a la situación que exista una parte procesal que sea menor de veinticinco años y que se le haya producido un daño o perjuicio precisamente por el hecho de ser persona sujeta a las decisiones de un tercero, es decir, que no tiene autonomía en su capacidad de obrar.⁷³² Pero el daño sufrido sólo tiene que ser alegado en el momento en que se solicita la

⁷²⁹ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pag. 149.

⁷³⁰ TAPIA, Ob. Cit. Pag. 201.

⁷³¹ Ibidem.

⁷³² P.P. 2.19.6.

restitución, pero nunca se le podía pedir al privilegiado que intente demostrar su existencia, ya que para obtener el beneficio de la restitución es suficiente probar que el que la pide es menor o privilegiado, sin que sea necesario justificar el daño sufrido.⁷³³ Y si no consta en los autos la edad del menor que pide la restitución, es suficiente que con la solicitud se aporte un certificado de la partida de bautismo, o bien por información de dos testigos.⁷³⁴

Una vez que al privilegiado se le ha concedido término para hacer prueba o excepciones por vía de restitución, ha de entenderse el tiempo como común para ambas partes, *pues del término que se diese por restitución goce la otra parte, si quisiere, y pueda hacer su probanza, según y como lo puede hacer la parte a quien fuere otorgada la restitución.*⁷³⁵ Además, la mayoría de la doctrina considera, que una vez que se ha concedido este término excepcional y privilegiado, no pueden la beneficiaria del mismo renunciar en perjuicio de su contrario, pues éste ya adquirió el derecho a disfrutarlo.⁷³⁶ Se parte de la idea de que todo término es común a ambas partes, aunque lo haya pedido una sola, y *no se puede arrepentir ni renunciarle en perjuicio de su adversario, contra su voluntad, aunque sí antes de ser concedido. Y procede aunque se conceda por vía de restitución.[...].*⁷³⁷

Circunstancialmente, el privilegio de restitución no sólo puede beneficiar a cualquier menor que sea parte en un pleito, sino que también puede ser aplicado a aquellos menores que

⁷³³ JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pag. 40.
N.R. 3.8.4.

⁷³⁴ Ibidem.

⁷³⁵ N.R. 3.8.4. NoR. 3.13.11.

⁷³⁶ ORTIZ DE ZÚÑIGA, Ob. Cit. Pag. 54.
GOMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pag. 115.
TAPIA, Ob. Cit. Pag. 201.

⁷³⁷ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pag. 78.

salen como opositores o terceros, aunque queda al arbitrio del juez su concesión.⁷³⁸ Y cuando las dos partes procesales son privilegiados, no se podrá usar del privilegio excepto que uno de ellos actúe con ánimo de lucro en perjuicio del otro; por ello, al contrario del que pretende el privilegio, se le deberá dar traslado de la petición para que dé su conformidad a la misma. Y si el objeto del pleito es una cosa imposible de dividir, siendo dos partes consortes, uno menor y otro mayor de edad, del posible uso del privilegio por el menor se beneficiará el que no lo es.⁷³⁹

Y en cuanto a **los efectos de la restitución** del término para probar, el más importante es que se retrotrae el menor al tiempo anterior al daño recibido, pues el favorecido por el privilegio *pide al juez que vuelva el pleito en el estado en que era antes*.⁷⁴⁰ Se crea así la ficción jurídica de que estuvo el menor siempre en esa situación, considerándose en el término ordinario de la ley por lo que sus pruebas tendrán el valor de las practicadas en el tiempo ordinario para probar.⁷⁴¹

Finalmente, la restitución produce también un efecto de privilegio sobre aquellos que obtienen el beneficio, como es el hecho de que de los testigos examinados por restitución no se ha de hacer publicación, ni pretender que a estos testigos se les puedan imponer tachas,⁷⁴² con lo que el hecho de ser en sustancia la restitución una figura privilegiada, actúa también sobre sus resultados, no sólo sobre los presupuestos en los que puede concederse.

Ya que estamos hablando de una figura procesal privilegiada, se entiende que su

⁷³⁸ ORTIZ DE ZÚÑIGA, Ibidem
TAPIA, Ibidem.

⁷³⁹ Ibidem.

⁷⁴⁰ P.P. 3.19.6.

⁷⁴¹ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pag. 150.

⁷⁴² JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pag. 40.

utilización en la práctica esté sujeta a criterios de excepcionalidad y que por lo tanto es infrecuente su uso en los pleitos. Pese a ello se puede encontrar en aquellas contiendas en las que alguna de las partes era menor de edad, eso, sí, representado debidamente por su curador, ya sea general o ad litem. Los prácticos incluyen en sus obras **formularios** en los que se indica la forma de solicitar la restitución. En la petición, que irá encabezada por el tutor o curador del menor, se dirá que *por no haber tenido noticia de algunos testigos que pudieran haber depuesto en favor de mi menor en esta causa, en el término de prueba concedido a ella, se ha pasado éste sin haberlos presentado, de lo que el menor queda enormemente leso y damnificado.*⁷⁴³ O bien que *,por culpa y negligencia de los agentes y procuradores de mis partes, se pasó el término de ella sin hacer probanzas.*⁷⁴⁴ Hechas estas manifestaciones “de facto”, se pasa a solicitar que se conceda el término, abriendo la causa nuevamente a prueba con la mitad del ordinario, jurando no pedir de malicia.

Si así se resuelve la práctica en los libros, en la realidad se puede ver como se articula procesalmente el privilegio de restitución en el pleito que seguido en Chancillería, por Caso de Corte, una mujer viuda, de 91 años, que reclama a los herederos de su marido determinadas cantidades de dinero que le corresponden por ser parte de sus bienes gananciales, y que los nietos han sustraído del inventario de los bienes de su marido, en perjuicio suyo. Siendo menores de veinticinco años actúan procesalmente desde un curador “ad litem”, pero sólo uno de ellos contesta a la demanda de María, considerándose a los otros rebeldes; la causa se recibe a prueba por el tiempo máximo de la ley, y cuando ya están hechas las pruebas que han propuestos las otras dos partes, demandante y demandado personado, **sale a la causa** el curador de los otros dos

⁷⁴³ JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pag. 41.

⁷⁴⁴ FERNANDEZ DE AYALA Y AULESTIA, Ob. Cit. Fol. 5.

nietos, pidiendo que se les absolviese de la demanda *y se recibiese la causa a prueba en restitución con la mitad del término*. El tribunal así lo acordó, aunque la demandante se opone, y se despacha una Real Provisión para hacer prueba testifical ya que no había podido hacer la prueba en el término ordinario, concediéndosele la mitad del tiempo que se había dado en el recibimiento a prueba normal.⁷⁴⁵ Como se puede ver, los requisitos esenciales se suponen, pues la parte que interesa acogerse al privilegio de la restitución los alega, pero no se comprueba la menor edad de los dos demandados pues es una realidad que se sobreentiende al comparecer con curador. Tampoco se entra a valorar el posible perjuicio causado a los menores a lo largo del pleito, sino que simplemente se entiende que, por lo que se ha alegado y probado, se puede estar en presencia de una situación perjudicial para el menor por la simple y mera existencia del pleito, con lo que la concede el tiempo privilegiado para probar y se produce de forma casi automática, incluso con al oposición de la parte contraria, y sin que se le solicite la fianza que se estipula para estos casos. Como consecuencia de esta decisión del juez, se hace una prueba testifical mediante receptor, que es unida al pleito, y después de su unión se hacen los resúmenes de pruebas correspondientes.

Supone así esta figura privilegiada la apertura de nuevo tiempo para probar, retroayéndose los tiempos procesales, y suponiendo en la realidad del pleito una nueva prolongación de los mismos.

10.6 LA PUBLICACIÓN DE LAS PRUEBAS

Para que la fase probatoria pueda darse por finalizada, y por tanto el discurrir procesal seguir caminando en el sentido que le impone la fase siguiente o de conclusiones, son necesarios

⁷⁴⁵ CHAN. VALL. P.A. 3558-1

una serie de actos de la parte y del órgano tendentes a **incorporar** a las actuaciones del pleito la materialidad de las probanzas que se hayan hecho en la fase de probar. Esta actividad, manifestación del principio *ad concludendum* del originario proceso romano-canónico, tenga quizás su último antecedente en el proceso inquisitorio, en el que el secreto de las actuaciones no permitía conocer a las partes aquellas pruebas hechas y sus resultados, y por lo tanto, aunque se vea en la práctica como una actividad imprescindible desde el punto de vista del cumplimiento de los requisitos formales, no tiene realmente el carácter de fundamentalidad que pudo tener en un principio ni mucho menos el sentido con el que nació. En el origen de la **publicación de las pruebas** se puede fijar precisamente en la necesidad de las partes en conocer el resultado de las que se hayan hecho por todos los intervinientes en el proceso, pues se las supone secretas y en poder exclusivo del escribano, para desde este conocimiento formular sus conclusiones finales, con el tiempo se fue perdiendo este sentido ya que los elementos personales en los pleitos tenían acceso al resultado de las pruebas desde el momento en podían estar presentes en algunas, o bien nombrar a persona que los representase quedando sólo las declaraciones secretas de los testigos fuera del conocimiento de los participantes de la contienda procesal. Sólo este matiz, el de las declaraciones secretas de los testigos, podría estar justificando en estos momentos finales del Antiguo Régimen, la necesidad de unir a los autos las piezas de prueba. Es más adecuado con la realidad procesal valorar la unión de las pruebas como un mero trámite material que permanece por la práctica forense, y justificado por el principio de preclusividad de las fases procesales que implica la necesidad de una actuación procesal que ponga fin a una de las fases para poder entrar en la siguiente, **dando por cerrada** la posibilidad de seguir actuaciones propias de la fase que se concluye. Pero además tiene otro sentido, también práctico y de utilidad: para que cada parte pueda presentar **sus conclusiones** previas a la sentencia necesita *instruirse* o

informarse del resultado y del contenido de las pruebas que se han hecho, tanto la propia parte que concluye como la contraria, para poder hacer sus alegatos conociendo en su conjunto todo el curso del proceso, sus incidencias y sus resultados y sobre todo el contenido de las declaraciones y documentos. Quizás sea este el motivo real que ha hecho que permenezca en el proceso civil castellano el trámite o paso procesal de la publicación de las pruebas, no sólo como una necesidad preclusiva, sino como una realidad material que permite a las partes el conocimiento del pleito en su conjunto, previo a la presentación de los llamados alegatos de bien probado, que son realmente resúmenes de lo alegado y probado antes de que el juez diga sus sentencia.

En principio, la idea es que se han de unir a los autos las piezas de las pruebas para que todas las partes procesales puedan conocer sus resultados en conjunto, una vez que ha finalizado el término de prueba, o bien cuando están hechas todas la pruebas que se han propuesto por las partes. A partir de este simple enunciado se pueden empezar a plantear dudas y problemas procesales, pues la pruebas se han de publicar si están todas hechas, pero ¿cuando se deben entender hechas todas las pruebas en un pleito privado?. Parece sencillo pensar que esta situación se produce cuando están hechos todos los actos de prueba necesarios para que queden cumplidas las propuestas de probar que hizo cada parte, o bien cuando se ha agotado el tiempo de probar; pero en la práctica las cosas no eran tan lineales como cabría pensar, pues si bien está recogido en una ley de **Partidas** que una vez publicados los dichos de los testigos, no se debe conceder más pruebas aunque alguna de las partes quisiera utilizar otras pruebas para probar lo mismo que ya estaba dicho, salvo que se tratase de desvirtuar declaraciones de testigos falsas o perjudiciales.⁷⁴⁶ Lo que ocurría en la práctica, es que se abusaba de la posibilidad de utilizar

⁷⁴⁶ P.P. 37. 16. 3.

testigos una vez concluido el período probatorio, abuso que dió lugar a restricciones legales en forma de disposiciones dadas por la monarquía *para evitar que no se corrompan los testigos por las partes [...], que después de publicados no puedan ser traídos otros en primera instancia,*⁷⁴⁷ o bien, *para que los pleitos se abrevien y cesen las dilaciones en ellos,[...] que pasado el término probatorio,[...] que si hay probanza se haga publicación,* teniéndose en caso contrario el pleito por concluso.⁷⁴⁸ Es significativo el párrafo que incluye **Tapia** en pie de página a modo de comentario sobre esta situación, y que se transcribe por lo que en sí mismo refleja.

“Regularmente hablando, [...] no deben admitirse testigos pasado el término de prueba , y esto es muy conforme a las leyes, que se propusieron el saludable fin de no abrir campo a la malicia de los litigantes, y de abrevair los pleitos. Sin embargo, pudiera suceder que alguna de las partes no hubiera hecho su prueba tan completa como necesitaba, y que por esto quedase ilusoria o dudosa su justicia. En este caso, si con mejor acuerdo podía rectificar o aclarar los hechos con los mismos testigos que le sirvieron antes, o con otros nuevos, no debía darse lugar a que quedase indefenso y perjudicado por ceñirse a los términos legales. Queda y debe quedar entonces reservado a la prudencia del juez el admitirlos, con tal que sea antes de hacer la publicación de probanzas, previo el juramento de no proceder de malicia, y con citación de la parte contraria.”⁷⁴⁹

Es uno de los muchos comentarios de los autores prácticos de esta época, en los que en principio parece que cabe una actitud *crítica* hacia la práctica viciada y abusiva de los tribunales, para a continuación caer en el reconocimiento de la validez de estos hábitos, eso sí justificando desde una posición de defensa de los derechos procesales de las partes, sobre todo la indefensión en la que podía verse su derecho y su justicia. Y es que los propios prácticos, a poco que

⁷⁴⁷ N.R. 5.6.4.

⁷⁴⁸ N.R. 10.6.4. Es una ley dada por Carlos y Juana en 1542, que viene a confirmar la anterior de 1386.

⁷⁴⁹ TAPIA, Ob. Cit. Pag. 196. N.p.p.

aportasen algún comentario crítico a la situación, eran conscientes de las confusiones en que se podían encontrar aquellos que intentasen hallar una explicación a algunos problemas, y en concreto en el momento procesal que nos ocupa, si se deseaba *saber en que tiempo han de pedir y mandar hacer la publicación de probanzas, no hallaran en las leyes ni en los autores disposiciones claras ni observaciones fundadas, que aseguren cumplidamente el acierto de resoluciones*,⁷⁵⁰ pues aunque las leyes conceden dos tiempos para las pruebas, aquel en el que se han de hacer las probanzas y el que comienza cuando éste termina para pedir y hacer la publicación de las pruebas.⁷⁵¹ La situación la resumen partiendo de cuatro premisas:

- mientras esté pendiente el término de prueba, no se puede pedir que se haga la publicación de las probanzas hechas.

- que una vez pasado el término dado para probar, se pueden pedir y mandar hacer las publicaciones.

- ninguna disposición fija un tiempo para pedir y conceder la publicación de lo probado.

- a falta de solicitud de las partes para que se manden publicar las pruebas, no aparece en ninguna norma si puede hacerlo el juez de oficio,⁷⁵² aunque se puede admitir esta práctica.⁷⁵³

El discurso en la práctica de estos parámetros se resuelve entendiendo que hasta que no ha finalizado el término de probar, o bien estén hechas todas las pruebas que las partes hayan propuesto, no se puede pedir ni autorizar la publicación de las pruebas. Ahora bien, desde que esta situación procesal se ha dado, no hay límite temporal para que las partes pidan que las

⁷⁵⁰ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pag. 155.

⁷⁵¹ Ibidem.

⁷⁵² Autores más avanzados que escriben a comienzos del siglo XIX, como ORTIZ DE ZÚÑIGA, no dudan en entender que si las partes no piden la publicación de las pruebas, la acordará el juez de oficio.

⁷⁵³ ORTIZ DE ZÚÑIGA, Ob. Cit. Pag. 52.

pruebas se publiquen, y en el caso de no hacerlo, el pleito quedará pendiente sin que le quepa al juez impulsarlo de oficio, pues algunos autores interpretan que la ley de **Partidas** en la que se regulan las publicaciones limitaba la actuación del juez que debe esperar que las propias partes le pidan que se hagan públicas las pruebas hechas. Por otro lado, la ley de **La Recopilación** a la que nos hemos referido, dice muy claramente que para que los pleitos se abrevien y cesen la *dilaciones en ellos*, una vez que se finalizo el término para probar, si la parte pide la publicación de lo probado, se ha de hacer la publicación y si no se tendrá el pleito por concluso.⁷⁵⁴ Con esta norma no parece tan dificultoso entender que las partes han de pedir la publicación de las pruebas, desde el momento en que éstas están hechas, y si no lo hiciesen, hay que entender que en un tiempo prudencial, el juez tendrá el pleito por concluso y dará su sentencia. Aunque esta parece la interpretación más correcta y sencilla desde la propia norma, la doctrina se complica con sus dudas e interpretaciones sobre si está o no facultado el juez para impulsar de oficio la publicación de las pruebas, cuando lo cierto es que si las partes no lo piden se entiende que no tienen interés en ello, y por lo tanto el juez puede no esperar a las alegaciones y fallar la sentencia. Añadiendo a esto que en los tribunales siempre se prefería tener las alegaciones de resumen de las pruebas pues le daban al juez una base para fallar y decidir. Lo cierto es que en la práctica no se observan dilaciones alarmantes en esta cuestión; desde la fecha en que se da el auto de prueba o de prórroga hasta los ochenta días de la ley, hasta que se pide la publicación y unión de lo probado a los autos, los tiempos medios están en uno que oscila entre los 80 y los 90 días, con lo que no parece que en la práctica se pudiesen estar produciendo en estos años desde la mitad del XVIII hasta su final grandes demoras por motivo de la publicación de las pruebas.

En cuanto a la manera en que se ha de pedir la actuación del juez para que lo probado se

⁷⁵⁴ N.R. 10.6.4.

una a los autos, cualquiera de las partes presentará un pedimento en el que formulará la petición sin hacer más manifestaciones que las que corresponden a justificar lo que piden. Así se hace sin grandes diferencias, diciendo en el escrito que :

estando como están hechas y formalizadas las probanzas por ambas partes, y los términos asignados y prorrogados conclusos, y ser preciso el que se haga publicación de las probanzas hechas, por convenir al derecho de mi parte, y que dicha causa sin retardación se determine, por tanto, A V. MD. , pido y suplico mande hacer según derecho la publicación de probanzas, y que se me entreguen los autos como parte demandante para que, a consejo de patrono, alegar de bien probado, o lo que convenga al derecho de mi parte.⁷⁵⁵ O bien, que dicho pleito se ha recibido a prueba con cierto término, el cual y demás prorrogado es pasado, y mi parte y las contrarias tienen hechas sus probanzas, suplico a V.MD. se sirva de mandar hacer publicación de ellas, por el término de la ley, y hecho a su tiempo se entreguen los autos, para alegar lo que a su derecho convenga.⁷⁵⁶

Como se vé, se reduce a una simple fórmula de pedir, en la que se hace constar que el tiempo de probar ha pasado, pudiéndose añadir la petición de que si alguna de las partes no hubiese hecho su prueba, se haga constar,⁷⁵⁷ constancia que se hará poniendo el escribano en su lugar la correspondiente nota.⁷⁵⁸

A esta petición, el juez, debe en primer lugar **dar traslado a la parte contraria**⁷⁵⁹ notificándole el auto para que exponga si está o no pasado el término, o falta que

⁷⁵⁵ CHA. VALL. P.A. 3325-1.

⁷⁵⁶ CHAN. VALL. P.A. 3782-4.

⁷⁵⁷ JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Fol. 35

⁷⁵⁸ GOMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pag. 114.

⁷⁵⁹ N.R. 10.6.4.
TAPIA, Ob. Cit. Pag. 197.
GOMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pag. 114.
ORTIZ DE ZÚÑIGA, Ob. Cit. Pag. 52.
JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Fol. 35.

examinar algún testigo que ya se le haya tomado juramento, o por si tiene algun motivo para impedir la publicación, y además puede solicitar los autos para informarse.⁷⁶⁰ A este traslado la parte opuesta a la petición podía estar conforme, y decirlo incluso en el momento de la notificación pues *consiente en la publicación de probanzas* con lo que el juez ha de dar un auto admitiendo la petición y teniendo por hecha *la publicación de probanzas y las practicadas se unan a los autos, y por su tenor se comunican para que aleguen de bien probado en el término ordinario*.⁷⁶¹ La conformidad con la petición se puede hacer por escrito, incluso presentando a su vez la contraria una solicitud similar,⁷⁶² a la que el juez dará un auto por el que manda que se haga la publicación, uniendo las pruebas y dándoles vista a las partes por su orden, *en atención a constar [...] que las partes que los sufren, están conformes*. Ahora bien, no siempre se daba este acuerdo procesal tan llevadero, pues podía ocurrir que la parte que no había pedido la publicación de las pruebas, se oponga a ello o sencillamente dé la callada por respuesta no contestando al traslado. Desde luego, en su oposición a la publicación deberá el contrario alegar los motivos por los que se opone, como por ejemplo *porque muchos testigos de los que tengo presentados están por examinar y no ha lugar de hacer dicha publicación, hasta tanto que se examinen*.⁷⁶³ Esta oposición originada en el traslado de la petición de publicación, sirve para que la parte contraria diga si el término de prueba a terminado, o si hay otro motivo suficiente que justifique que no se haga la publicación.⁷⁶⁴ Ahora bien, se produce otra forma de respuesta al traslado, que es en esencia la **no respuesta**. Ante esta actitud, lo normal es que el juez dé su

⁷⁶⁰ TAPIA, Ibidem.

⁷⁶¹ CHAN. VALL. P.A. 3325-1.

⁷⁶² CHAN. VALL. P.A. 2792-3.

⁷⁶³ MUÑOZ, Ob. Cit. Fol. 27.

⁷⁶⁴ TAPIA, Ob. Cit. Pag. 197.

auto mandando publicar las pruebas, sin que suponga una alteración del derecho de las partes, pues hay que considerar que el traslado tiene una finalidad, la de que se pongan de manifiesto obstáculos a la publicación, y si no se plantean estos obstáculos, *se observará el estilo del juzgado*⁷⁶⁵ dándose el auto de publicación. Pese a ese sistema, lo frecuente era que si a los tres días la parte contraria no había contestado al traslado dado sobre que las pruebas se publicasen, se repite de nuevo la petición, acusándose una sola rebeldía, es decir, que la insistencia en lo pedido sólo se prodrá hacer de una vez.⁷⁶⁶ Es quizás una interpretación un poco torticera da la norma, pues la ley 10.6.4. N.R. lo que dispone es que una vez dado el traslado de la petición de publicación de pruebas, si no dice nada la otra parte se le acusará la rebeldía *en otra Audiencia*, lo que equivale a decir al día siguiente.⁷⁶⁷ Pero en esta ocasión, como en muchas otras, la forma de hacer forense camina en otro sentido, contrario al espíritu de la ley, y detrás de la práctica van los autores confirmando las desviaciones y justificándolas como necesaria y convenientes.

Que en la práctica se insistía en la petición se encuentran frecuentes ejemplos. En 1721, ante el Corregidor de Olmedo el demandante en un pleito de evicción solicita, el día 23 de diciembre, la publicación de las pruebas. Se acuerda dar traslado y se notifica a todas las partes en el mismo día; el 29 de enero de 1722, más de un mes después, se insiste en la petición diciendo que *se pidió publicación de probanzas y se dió traslado a las contrarias, el cual auto se notificó, y el término es pasado y no ha dicho cosa alguna; suplico a VMD se sirva de mandar se cosan las probanzas con el proceso y se le entregue para alegar de bien probado*. A la petición el juez acuerda que *se pongan las probanzas en los autos y se entreguen a esta parte por*

⁷⁶⁵ Ibidem.

⁷⁶⁶ GOMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pag. 114

⁷⁶⁷ En el lenguaje forense “una audiencia” equivale a un día de celebración de audiencia; así es frecuente, incluso actualmenete decir que se comparezca “en el termino de tres audiencias”, en lugar de en el término de tres días.

*el término ordinario.*⁷⁶⁸ Y en un pleito seguido en Chancillería en primera instancia, el demandado solicita por dos veces que se haga la publicación de las pruebas, entre el 23 de septiembre de 1757 y el 5 de octubre, añadiendo en el segundo de los escritos que se le declare la rebeldía a la demandante que nada ha dicho; ante esta petición, el tribunal pasa a dictar sentencia un mes y medio después.⁷⁶⁹ Desde luego que la intención del legislador no queda cumplida con esta práctica, que aunque no lo haga en gran medida y no suponga un exceso considerable del tiempo empleado, si supone una dilación más a costa de trámites procesales inútiles y superfluos.

Consiste pues la publicación en la unión material de las piezas de pruebas a los autos principales, que se hará constar por fe del escribano, pero no es la mera unión o “cosido” el efecto procesal deseado, si no el **conocimiento que del resultado de las pruebas puedan tener las partes**, para que estudiándolas en su conjunto puedan formular las alegaciones de bien probado:

Sirva la publicación para que los litigantes puedan ver recíprocamente todo lo que han justificado con testigos, instrumentos y demás medios legales de que se han valido; y en vista de ello aleguen lo conducente a su defensa, si quieren.

Es claro pues que la principal función de la publicación de las pruebas es el conocimiento, instrucción y visión que las partes puedan tener de los autos para llegar a su fin primordial que es la alegación de bien probado. Pero hay más, de este examen no sólo se informarán si han probado bien su intención, sino que pueden, en consecuencia de lo que observen, proponer los defectos de los testigos, es decir, las tachas, pudiendo probar su falsedad

⁷⁶⁸ CHAN. VALL. P.A. 3782-4.

⁷⁶⁹ CHAN. VALL. P.A. 2987-2.

y contradicción.

Decir únicamente sobre la publicación de las pruebas, que era una actuación procesal propia de los pleitos **declarativos**, también llamados “ordinarios” por seguir el orden común, pero en los sumarios **ejecutivos** no se encontraba este trámite, sobre todo en los de ejecución dineraria o de cumplimiento de obligaciones de pago. Aparece una publicación de prueba sin embargo en un juicio ejecutivo sobre la ejecución de los réditos de un censo, en la que el ejecutante presbítero titular de la capellanía que detenta el censo, dice que al oponerse el ejecutado, se le dieron los diez días de la ley para probar, y que prorrogados hasta los ochenta, se ha hecho la justificación, por lo que pide que se haga la publicación y se pongan con los autos, toda vez que el ejecutado no ha hecho ninguna de las pruebas propuestas. En este caso el juez no dá traslado a la contraria de la petición y se limita a admitir que las pruebas sean unidas a los autos, que se traerán para fallar.⁷⁷⁰ Si desde luego el juicio ejecutivo es un pleito sumario en el que no se sigue el orden **ordinario**, está justificada la actitud del juzgador de prescindir de un trámite no esencial, y que por considerarse superfluo se puede suprimir. El hecho es que se llega al mismo punto que en el juicio declarativo: las pruebas se unen a los autos principales, para poder decidir, sólo que en el ejecutivo se pasa directamente a la toma de decisión por el juez, sin que las partes tengan que manifestar ni alegar nada más.

⁷⁷⁰ CHAN. VALL. P.A. 3783-4.

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE GEOGRAFÍA E HISTORIA
Dpto. de HISTORIA MODERNA**

LOS PLEITOS CIVILES EN CASTILLA. 1700 - 1835 :

**ESTUDIO DEL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA
CASTELLANA EN EL MARCO DE LOS PLEITOS PRIVADOS**

TOMO IV

**Las alegaciones de bien probado. Una isla en el curso del proceso.- El momento de la
decisión. Las conclusiones y la sentencia. Conclusiones**

TESIS DOCTORAL

**MARÍA JOSÉ GANDASEGUI APARICIO
Madrid 1998**

INDICE TOMO IV

PARTE CUARTA: LAS CONCLUSIONES Y LA SENTENCIA

Capítulo XI.- Las alegaciones de bien probado. Una isla en el curso del proceso.	Pág.	1
11.1.- Cómo definir las alegaciones de bien probado y cual es su justificación.	Pág.	5
11.2.- Trámite y forma de las alegaciones de bien probado.	Pág.	8
11.3.- Análisis de los documentos alegatorios que contenían los resúmenes finales probatorios.	Pág.	20
11.3.1.- Las alegaciones en derecho desvinculadas de los pleitos: los Porcones.	Pág.	22
11.3.2.- Los resúmenes de prueba integrados en el proceso	Pág.	33
 Capítulo XII.- El momento de la decisión. Las conclusiones y la sentencia	Pág.	42
12.1.- La conclusión de los autos.	Pág.	45
12.2.- Las sentencias y autos definitivos.	Pág.	56
12.2.1.- Qué es una sentencia.	Pág.	58
12.2.2.- El examen de los autos que debe hacer el juez.	Pág.	60
12.2.3.- La formación de la sentencia en la convicción del juzgador.	Pág.	66
12.2.4.- Requisitos, estructura y forma de las sentencias	Pág.	70
12.2.5.- La congruencia de las sentencias.	Pág.	86
12.2.6.- La cuestión de la no motivación de las sentencias	Pág.	88
12.2.7.- La invariabilidad de las sentencias y sus posibles aclaraciones	Pág.	93
12.2.8.- El valor que tiene la sentencia de cosa juzgada.	Pág.	95
12.2.9.- Contenido del fallo de las sentencias.	Pág.	98
 Supuestos de análisis para llegar a conocer la decisión del juez.	Pág.	99
1º.- Pleito de desahucio seguido ante el Alcalde Ordinario de Villacastín. 1751	Pág.	99
2º.- Pleito pidiendo declaración sobre la propiedad de un molino, ante el Alcalde Mayor de Villavieja en 1767.	Pág.	104
3º.- Reclamación de evicción y saneamiento de unas tierras vendidas por el padre de los demandados al padre del demandante. Corregidor de Olmedo 1720-1724. Pedro Sobrino.	Pág.	110
4º.- Pleito de tutela entre dos mujeres. Corregidor y Justicia Mayor de Pedro Manrique. 1772	Pág.	114

CONCLUSIONES A LOS CAPÍTULOS

Capítulo I.- Los pleitos civiles. Ideas y precisiones generales.	Pág.	119
Capítulo II.- La jurisdicción Real ordinaria.	Pág.	137
Capítulo III.- La demanda: Iniciación del proceso.	Pág.	143
Capítulo IV.- La llamada al proceso.	Pág.	144
Capítulo V.- Actitudes del demandado después del emplazamiento.	Pág.	146
Capítulo VI.- La fase probatoria. Ideas generales sobre la probanza y su práctica.	Pág.	148
Capítulo VII.- La prueba de confesión y el juramento en juicio.	Pág.	151
Capítulo VIII.- La prueba de testigos y su trascendencia en la práctica.	Pág.	152
Capítulo IX.- La objetivación de la prueba: Los documentos.	Pág.	153
Capítulo X.- Los restantes medios de prueba. La consideración de impuros por la doctrina y su utilidad en la práctica. La publicación de las pruebas.	Pág.	154
Capítulo XI.- Las alegaciones de bien probado. Una isla en el curso del proceso.	Pág.	155
Capítulo XII.- El momento de la decisión. Las conclusiones y la sentencia.	Pág.	155
Conclusiones finales.	Pág.	156

PARTE CUARTA: LAS CONCLUSIONES Y LA SENTENCIA.

CAPÍTULO XI.- LAS ALEGACIONES DE BIEN PROBADO. UNA ISLA EN EL CURSO DEL PROCESO.

Cuando estamos situados en un pleito, se puede tener clara la idea de que se hace un recorrido, un *curso*, de actos que se van realizando dentro de unos márgenes que limitan tanto lo pueda hacer el juez como las partes en el litigio. Y ya se ha visto, como este recorrido es de ida, pero en el que no cabe vuelta ni cambiar el sentido de la marcha; cada momento tiene sus actos y cada acto se debe hacer dentro de un momento, culminándose *tramos* del recorrido para poder pasar al siguiente : primero las partes alegan y fijan posiciones, después las han de probar, y en base a este material, debería el juez dar su fallo, decir su decisión. Así sería en un sistema procesal simplificado como el que se utilizaba en la Alta Edad Media, en el que predominaba la oralidad sobre la escritura, y los actos del juez eran inmediatos a las peticiones de las partes dominados por una idea de **concentración**; pero el proceso Romano-Canónico vino a complicar las cosas. En la confusión de límites y márgenes procedimentales que en un principio existió entre el proceso penal y el civil, la inquisitorialidad del proceso penal hizo necesario que una vez que las pruebas que se pretendían por las partes estaban hechas, debían ser exhibidas a los participantes, acusación y defensa, para que después de conocerlas *concluyesen* sus respectivas defensas y acusaciones. En un medio procesal en el que las pruebas tienen un carácter secreto en cuanto a sus resultados, estaría justificado que lo documentado de lo que se ha probado *accediese*, se uniese, al proceso en sí, es decir, a los autos. Cuando se ha hablado de la **unión de las pruebas a los autos** ya se ha visto lo innecesario de este momento del pleito civil, pues en la mayoría de las ocasiones todos los partipantes en el proceso conocían lo que se había probado.

Vacío pues del carácter que originó el acceso a lo hecho en las pruebas por las partes en el proceso privado, queda el fin de la **utilidad práctica sin más**. Unido al proceso lo documentado en la prueba, se abre un paréntesis, un tiempo muerto que permite al actor y al demandado hacer un estudio tranquilo y unificado del conjunto de todo lo que a lo largo del pleito se ha ido actuando, para a continuación presentar al juez su opinión y valoración sobre los resultados obtenidos. Dentro de una idea lineal del proceso, una vez que las partes han hecho todo lo que estaba en su mano para demostrar lo que pedían, en el tiempo que para ello se le concede, debería el juez *dar por cerrado el litigio*, para en vista de lo que hay decidirlo, es decir, dar su sentencia o decisión. Pero aquí se introduce por la práctica, derivada del proceso Romano-Canónico, la tendencia a dar un espacio a las partes para que se informen del resultado final, y puedan decirle al juez lo que opinan; se configura el término *ad concludendum* como un momento intermedio para hacer alegaciones y resumir la prueba que se afianza con la práctica y que termina siendo sancionado por leyes reales.¹ Se trata de un tiempo entre la finalización de las pruebas y el momento en el que el juez considera cerrada toda posibilidad de alegar o probar para dar su sentencia; en él pueden las partes situarse para estudiar el asunto, con una visión global de lo que se ha probado, no sólo de las que ha hecho su contrario, sino de las propias, valorando las respuestas dadas por los testigos, en relación con lo que tenga alegado: **están en una isla situada en el centro del curso del río del pleito**, parados, sin sentirse condicionados por la preclusividad ni los períodos, y desde ese lugar pueden informar al juez que es lo que opinan de lo que se ha dicho y probado en el pleito en relación con lo inicialmente habían pedido. De este carácter especial situado a medio camino entre prueba y sentencia, se desprende el hecho de que las alegaciones no tienen un sentido obligatorio ni preclusivo, quedan en un marco de

¹ No se regulan en LAS PARTIDAS estas alegaciones finales de las pruebas, pero se dan normas desde 1387 sobre la forma de hacerse y sus límites.

discrecionalidad de las partes, sin que su ausencia pueda causar ningún perjuicio procesal. Cuando dejen este espacio, volverán a moverse las aguas procesales hasta arrastrar a las partes y al juez a la decisión última.

Las alegaciones finales, resúmenes de pruebas, alegatos de bien probado, aunque situadas dentro del espacio temporal de las conclusiones, son en realidad actuaciones de las partes por medio de sus defensores que se interponen entre la prueba y la sentencia, y después de la cuales se considera el pleito preparado para su decisión.² Aunque se utiliza para denominar estos actos el término genérico de **alegaciones**, no debe ser éste su contenido, pues se trata de **deducciones** que las defensas hacen hasta ese momento en el proceso; no se está ante afirmaciones de hecho o de derecho, sino de apreciaciones de los resultados, dirigidos a influir psicológicamente en el juez.³

Hasta aquí, una idea sobre los resúmenes probatorios en general en todo el proceso anterior a la Codificación. Centrando el asunto en momento en que el Antiguo Régimen termina, hay que concretar que la práctica de tantos años ha ido definiendo estas actuaciones procesales para darles una configuración; y desde esta configuración y modelación del tiempo es desde donde la Ley de Enjuiciamiento Civil toma el material para regular los resúmenes de prueba. En este momento hay resúmenes de prueba que se van incorporando al pleito según se van emitiendo, mientras que una vez conclusas las actuaciones procesales podrán los letrados informar nuevamente al juez de forma oral o por escrito, escritos que no se unen a las actuaciones. De la evolución de estos documentos se podría decir que en este momento ya no aportan nada nuevo a la formación de la Jurisprudencia y la Doctrina y que son una consecuencia

² LALINDE ABADIA. Ob. Cit. Pag. 794.

³ ALMAGRO NOSETE Y OTROS. Derecho Procesal. Tomo I, Volumen I, pag. 525.

y una continuación de las colecciones jurisprudenciales de los siglos XVI y XVII. La literatura jurídica Castellana desarrolló unos métodos de trabajo y elaboración del derecho que se convirtieron en modelos para la práctica judicial. *Las decisiones, disputationes, allegationes, consilia* son **DICTÁMENES** a los que a veces se les añade una referencia al resultado real del pleito; es decir, se puede abrir una línea de relación entre la obra del jurista y el fallo judicial pues *si se quiere reconstruir los argumentos que condujeron a adoptar la decisión judicial, [se] debe leer los dictámenes que le preceden. [...]; hay que utilizar toda posibilidad para ilustrar los resultados de la práctica y para poder promover la comprensión general del derecho [...]*.⁴ Este planteamiento es el único que se puede tener en el derecho castellano para conocer cuales han podido ser los argumentos del juez en el momento de fallar, pues la falta de motivación y fundamentación de las sentencias hace imposible conocer ese íntimo razonamiento que precede a la decisión de una contienda.⁵ Es por lo tanto la línea argumental seguida por los alegatos de prueba la que se debe buscar en la decisión del juez , para, retrotrayéndola, saber como se formó su opinión y posterior declaración de voluntad que es la sentencia. Pero claro está, la idea en si misma válida, se dificulta mucho en la realidad, realidad que no siempre nos orienta a relacionar una alegación jurídica con el pleito y con su fallo; pero a pesar de estas dificultades, éste es el verdadero valor de las alegaciones en derecho antes de dar el juez la sentencia: el fallo se hará en favor de una de las partes, y su argumento es el que debe haber seguido el juzgador para tomar su decisión final.

Volviendo a la elaboración de las alegaciones, su estructura argumental sigue la línea

⁴ PEREZ MARTIN, A. Y SCHLOZ, J-M. Legislación y jurisprudencia en el Antiguo Régimen. Pag.308.

⁵ Dice TOMÁS Y VALIENTE que *la administración de Justicia reviste de secreto el acto más decisivo de su funcionamiento, en beneficio de la libérrima actuación del juez y en detrimento de la claridad, racionalidad y legalidad del acto culminante del proceso. El Derecho penal de la monarquía absoluta*, pag. 182

marcada por las *decisiones*,⁶ empezando por unos *fundamentos de hecho* que son una relación de los hechos que se pretende considerar probados, para hacer una relación de los *argumentos jurídicos* que se pasan a desarrollar en la última parte de la obra. Esta fórmula permanece y se afianza, y es la utilizada por la práctica de los tribunales con mayor o menor desarrollo, pero siempre partiendo de las obras clásicas que se encontraban sobradamente difundidas entre los juristas, de suerte que los autores referenciados son mencionados por la mayoría de los letrados en sus resúmenes de prueba. En esta idea es importante destacar que siguiendo los datos de la obra mencionada de **Pérez Martín y Scholz**, las colecciones de decisiones están datadas en los siglos XVI y XVII, sobre todo en este último, sin que aparezcan obras similares elaboradas en el siglo XVIII. Se trata por lo tanto de una consolidada tradición jurídica, con profundos orígenes en la literatura jurídica medieval, enraizada en el derecho común romano canónico y en la escolástica, que basaba su método de trabajo partiendo de un problema real resolviéndolo según los textos y determinados esquemas lógicos. Método de trabajo que llevó a estos juristas a hacer una exaltación del casuismo y de la dialéctica, desconfiando de las reglas generales, y a apoyarse en la doctrina de otros autores, llegando a criterios lógicos de racionalismo inductivo. Fue precisamente esta forma de hacer derecho la que supuso su desprestigio y su descrédito, aunque continuó utilizándose por la mayoría de los letrados hasta el momento mismo de la Codificación.

11.1. CÓMO DEFINIR LAS ALEGACIONES DE BIEN PROBADO Y CUAL ES SU JUSTIFICACIÓN.

Las alegaciones finales de un pleito están lejos de ser afirmaciones de hecho y de derecho, pues se trata de *apreciaciones de los resultados que, a juicio de las partes pueden deducirse de*

⁶ Sobre las otras formas de trabajar los juristas, menos cercanas al ámbito procesal, *disputationes*, *consilia*, *disertationes*, ver la obra mencionada de PÉREZ MARTÍN Y SCHOLZ.

los actos realizados hasta ese momento en el proceso.⁷ Aunque lo que realmente son, deducciones que las partes hacen de todo lo que en el pleito se ha hecho, orientadas al convencimiento del juez, y en las se le propone cual ha de ser la decisión que tiene que tomar, es decir el fallo o la sentencia. Si en derecho los actos se definiesen por su contenido, esta sería la línea que definiría las alegaciones de prueba en el proceso civil anterior a la codificación: la proposición que se le hace al juez para que emita su fallo, proposición, que como ya hemos visto facilita la manera de averiguar cual ha sido el razonamiento de hecho y de derecho que ha seguido el juzgador para decidir el resultado del pleito. En este sentido, las conclusiones de la prueba serían una minuta o borrador de sentencia que las partes presentan al juez,⁸ claro está, para que el fallo le resulte favorable.

Su carácter de accesoriedad se deduce de su origen procesal,⁹ pero además la doctrina práctica de finales del XVIII reconocía que no tenían estas conclusiones finales carácter sustantivo procesal, aunque en la práctica se utilizaban, sin que por el hecho de no alegar *se anulase a las partes su justicia*.¹⁰ Se trata pues de las defensas jurídicas de las partes, es decir los abogados, pues es ésta una tarea propia de letrados, con las que asumen la defensa de la parte a la que asisten, *poniendo de manifiesto su justicia, sin que puedan excusarse de este cargo, pues se interesa en el causa pública*,¹¹ se conforman en la práctica como un acto de apreciación

7

ALMAGRO NOSETE Y OTROS, Ob. Cit. Pag. 525.

⁸ ALMAGRO NOSETE Y OTROS. Ob. Cit. Pag. 527.

⁹ Ya en el **Fuero Real** estaba considerado como una fase no necesaria en el proceso, abriéndose a instancia de parte, y dependiendo en cuanto a su duración de la decisión del juez. VALLEJO, la regulación del proceso en el Fuero Real, pag. 541.

¹⁰

TAPIA, Ob. Cit. Pag. 210.

¹¹ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pag. 163.

conjunta del pleito y dirigido a obtener el mejor resultado para la parte procesal que formula el resumen de prueba, pero que no es esencial para que se produzca el fallo.¹² Se justifica la existencia de esta actuación por varios motivos. **El Primero**, es que puede servir para que la parte reconsidere si le es más conveniente continuar el pleito o ceder a lo que pretende la que le es contraria; y el **segundo**, es que las alegaciones de la prueba se constituye en una **especie de defensa**, pues no sólo se analizan las razones y motivos propios, desde una refelexión legal, sino que desde esa perspectiva se pueden rebatir la posición y la intención del contrario.¹³ El **tercer** argumento que se utilizaba a favor de las alegaciones de bien probado, era más bien finalista: se pensaba que una vez unidas las pruebas a los autos, éstas dejaban de pertenecer a cada una de las partes que las habían propuesto y llevado a cabo, y por lo tanto es de derecho que las partes accedan a estas pruebas para así poder darse las informaciones en derecho *con el fin de aclarar mejor la verdad [...] y no experimenten daño los pobres con tal de que no sean más de dos alegatos, principal y réplica*.¹⁴ Y el mismo sentido tiene el motivo **cuarto** en el que se apoyan estos actos, como es la necesidad de demostrarle al juez la verdad con mayor claridad para que pueda fallar el asunto con mejor conocimiento y rapidez. Pero esta utilidad de las alegaciones en derecho está claramente limitada y controlada por un principio procesal fundamental, como era que el juez debía verse los autos antes de fallar, y obtener su sentencia de lo que ellos resultase; en este sentido, las informaciones de los abogados servirían para mejor entender el asunto, pero siempre partían de que el juzgador ha estudiado el asunto, y se ayuda de lo que las partes le dicen para llegar a su decisión final.

¹² AZEVEDO, Comentarium iuris civilis in hispaniae regias. Pag. 129.

¹³ TAPIA, Ob. Cit. Pag. 211.

¹⁴ Ibidem. Se refiere el autor en lo que está dispuesto por las **Condiciones de Millones**, súplica sexta, quinto género, fol 94. V.

En resumen, la justificación intrínseca de los resúmenes de pruebas , está fundamentalmente en su carácter de utilidad, tanto para las partes como para el juez que tiene que tomar su decisión. Así lo dice **Gómez Negro**:

“Estos dos escritos se dirigen a hacer ver la verdad de los hechos que cada parte tiene alegados, según resulta de las pruebas, aprovechándole al efecto cuantas informaciones éstas le suministren a corroborar las pruebas mismas, y hacer ver la fuerza que se comunican unas a otras, y la conexión que los hechos probados tienen con las peticiones puestas en la demanda; y últimamente a impugnar y destruir los fundamentos del contrario. [...]”¹⁵

11.2. TRÁMITE Y FORMA DE LAS ALEGACIONES DE BIEN PROBADO.

Con escasa apoyatura legal, la forma de llevarse al plano de la práctica las alegaciones de bien probado, procede de la práctica de los juzgados y tribunales. La primera observación que se puede hacer a este momento del proceso, es que el principio dispositivo de las partes aparece aquí con toda rotundidad, mientras que lo que ahora se conoce como impulso procesal del órgano, que no es otra cosa que la facultad inherente a la potestad jurisdiccional de poner en marcha los mecanismos por los que el proceso ha de seguir su curso, desaparece de la actividad procesal; estamos ante la **justicia rogada** de una forma casi pura, en la que la única limitación a la que se vé sujeta es a los tiempos a los que el juez puede imponer a las partes, tiempos, que como se verá, al no estar tasados pueden adaptarse a cada situación.

Partiendo del momento concreto en el que las pruebas se han unido a los autos, pues está hecha la publicación de probanzas, tanto generales como de restitución o de tachas si las ha habido, a las partes se les abre la posibilidad de pedir los autos, para examinarlos antes de alegar,

¹⁵ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pag. 120.

aunque esta petición se puede traducir en forma de comparencia ante al Escribano:

*“ Los procuradores de las partes acuden al oficio del escribano a tomar los autos; y el que primero ocurre, se le entregan, con las probanzas que se hubieren hecho, para que en su vista, los Abogados aleguen de bien probado ”.*¹⁶ No está muy claro el orden a seguir para entregar los autos y consiguientemente alegar, de lo transcrito más arriba parece deducirse que se hará entrega de las actuaciones a aquella de las partes que las pida en primer lugar o que acuda al oficio del escribano con este mismo fin;¹⁷ pero la práctica en general se inclinaba más por que esta entrega se hiciese *por su orden*, es decir, primero al demandante y después al demandado: *“ Esta entrega ha de hacerse por su orden, esto es primero al actor y después al reo ”*¹⁸ Parece que en la práctica se respetaba este criterio, pues en la mayoría de los casos aparecen en primer lugar el escrito de alegaciones de la parte actora, y una vez dado el traslado, alega el demandado en segundo lugar, y cuando este orden se altera aparece reflejado en el pleito.

Así ocurre en el pleito en el que se reclama la propiedad de un molino, el demandado de jactancia presenta un pedimento el 15 de octubre de 1766 en el que dice que hecha la publicación de probanzas, se mandó dar vista por su orden a las partes, y el día primero del mes se le habían entregado los autos, unidas las pruebas a la otra parte, que los tomó y los devolvió a los tres días sin alegar, y justificándose que le correspondía alegar primero a la contraria; piensa esta parte, que al haber sido el contrario el provocado, luego es el demandante, le corresponde alegar a él primero, y le pide al juez *para que no se invierta el orden y método formal de los juicios* que le

¹⁶ MARTINEZ SALAZAR, Ob. Cit. Pag. 189.

¹⁷ “Pide los autos para alegar cualquiera de las partes para alegar de bien probado”. GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pag. 120.

¹⁸ ÁLVAREZ, Ob. Cit. Pag. 242.

exija que haga su alegación, con nueva toma de autos. Consecuentemente, el actor provocado, toma de nuevo los autos y hace sus alegaciones en base al mandato del juez.¹⁹

En cuanto al **tiempo para alegar**, nada dicen las normas, pero los autores se mueven entre los tres y los seis días, aunque este tiempo se puede aumentar, si lo pide la parte a quien le interesa, por motivos de exceso de volumenn del pleito o de su dificultad, pues en estos casos pide seis o ucho días el abogado para formar su alegato, y se le conceden por el juez los que juzga por bastantes.²⁰ En la práctica no se producen grandes fluctuaciones en cuanto a la duración de estos períodos alegatorios, desde luego, aunque se pueden encontrar alegatos presentados a los cinco días de haberse entregado los autos a la parte, y en algunos casos más de un mes, lo frecuente es que se tarde de dos a tres semanas , máximo, para presentar las alegaciones. Lo que si ocurría con frecuencia era que, en los casos en los que una de las partes se llevaba los autos para examinarlos y hacer su alegato, si la contraria consideraba que se había excedido del tiempo concedido, solía presentar una petición para que se le exigiese la devolución, pues indudablemente era esta una forma de dilatar la contienda. Así, un demandante decía al juez, que si bien él ya habia *concluido*, que se le dió traslado de su conclusión y traslado de los autos a la contraria , *y maliciosamente no los quiere volver al oficio*, por lo que se le pide que le apremie por prisión, apremio que le hace el juez para que vuelva los autos por dos días al oficio y que el demandado cumple presentando sus alegaciones a los dos días.²¹

Una vez que la parte que ha tomado los autos en primer lugar, presenta sus alegaciones de bien probado; de este escrito se da traslado a la parte contraria. Ahora bien, se plantean dudas

¹⁹ CHAN. VALL. P.A. 2792-3

²⁰ JUAN Y COLOM, O. Cit. Pag. 42.

²¹ CHAN. VALL. P.A. 3782-4

sobre el efecto de este traslado: si se hace simultáneo y conjunto con la entrega de los autos, al demandado, o la parte procesal que alega en segundo lugar, se le está dando más oportunidad de rebatir que a la primera que ha alegado, consecuencia de este efecto es el que se produzcan nuevas alegaciones, los llamados segundos escritos. Pero si la parte que alega en segundo lugar recibe el traslado después de que ya ha formulado sus alegaciones, la posición de igualdad está más clara. En el tramo histórico en el que está consolidada la práctica procesal, en los pleitos aparecen las alegaciones consecutivamente, sin que se reiteren con segundos escritos, lo que hace pensar que a la segunda parte en alegar no se le da traslado de lo que ha dicho su contraria hasta que ella misma ha formulado sus alegaciones. Aunque esta hipótesis sería dudosa si el escrito de alegaciones que primero se presenta en el oficio se une a los autos y por lo tanto la parte que alega en segundo lugar tendría conocimiento de su contenido. Es un aspecto difícil de concretar, pues en los pleitos no se diligenciaba la fecha de presentación de los pedimentos en el oficio del escribano, la única fecha de referencia para las peticiones de las partes es la del auto o decreto que se pone a continuación, pero que no tiene por que coincidir con el día en que se hace la petición. En cualquier caso, la limitación a dos escritos de alegaciones en los pleitos, es una de las escasas referencias legales a este momento del proceso. En las **Ordenanzas de Alcalá** de 1503, los Reyes Católicos, mandan taxativamente, que para evitar dilaciones en los pleitos, será tenido el pleito por concluso con cada dos escritos que las partes presenten,²² norma que viene a confirmar el contenido y la intención de la ya ratificada en 1476, y corresponde a una ley de Juan I de 1387, en la que de forma muy prolija se intenta controlar la excesiva locuacidad de los letrados en los pleitos, por sus alegaciones reiteradas e innecesarias; consecuencia de ello es la

²² N.R. 9.6.4.

prohibición de dar más dos escritos de alegaciones y de replicar en lo que ya está dicho.²³

Estamos hablando desde la posición de lo que serían las informacions escritas, pero en este punto conviene hacer una precisión metodológica. Si bien este capítulo de la investigación se encuadra bajo el epígrafe de resúmenes de prueba como tal actuación procesal, ha sido preciso ampliar su contenido para una mejor coexión en la explicación. Ocurría que, si los resúmenes de prueba tenían el carácter general de **informaciones** que las partes en el proceso le hacían al juez, con carácter escrito, en el momento procesal siguiente se llevaban a cabo otro tipo de informes, éstos **orales** que igualmente procedían de las partes e iban dirigidos al Juez para su mejor información y conocimiento de la causa. Ocurría que una vez que cada parte había aportado su resumen probatorio, los autos se declaraban **conclusos**, lo que equivalía a considerarlos finalizados y por lo tanto con la imposibilidad de argumentar o probar nada más; y después de esta declaración de conclusos, pasaban los autos al juez para dictar sentencia, citando a las partes para la vista, momento en el que los letrados podían asistir y hacer sus informes orales al juez. Lo que en un principio no era más que un residuo del proceso oral que la recepción del Derecho Común había desplazado, se fue convirtiendo en un nuevo trámite escrito, ya que a los abogados se les fue concediendo la posibilidad de hacer estos informes de manera escrita para facilitar mejor la comprensión del juez. Pero como ocurría con otras tantas actitudes de los abogados, sus abusos acabaron por desvirtuar el sentido de la actuación procesal, y peor aun, fueron el motivo de continuas actuaciones limitativas por parte de la legislación real en cuanto a los casos en los se podían autorizar los informes escritos y su extensión y contenido, pues aunque estas normas están dadas con mucha diferencia temporal entre ellas, no hacen sino reirretar su incumplimiento y consecuente actitud abusiva de los letrados en los informes finales de los

²³ N.R. 4.16.2.

VER SUPRA 5.10

pleitos. Si se hace un recorrido cronológico por este tipo de normas, en primer lugar hay que tener en cuenta el Auto Acordado del Consejo de 5 de Febrero de 1594 por el que se mandaba que los Abogados *hiciesen las informaciones en derecho [...] breves y compendiosas en latín, sin romance alguno, si no fuere algún dicho de testigo, o escribano o ponderación de ley, alegando solamente la ley o Doctor que principalmente tocara el punto, y al que refiere a los otros, sin decir los referidos por él.*²⁴ Se trata de una norma, que tiene más carácter de instrucción que de ley, que se centra en la forma de elaborar las alegaciones en derecho de los abogados exigiendo brevedad y que no se disperse el alegato con referencias a la doctrina, si no mencionando únicamente la ley que se refiere a la cuestión. Nuevamente se legisla para limitar el número de escritos de alegaciones de las partes; es una ley dada por Felipe III en 1617 limitando el número de informaciones en Derecho a dos, y controlando su extensión, pues la primera deberá tener un límite de veinte hojas y la segunda de doce.²⁵ Es fácil deducir del contenido de estas dos disposiciones, que la realidad estaba descontrolada en cuanto a la forma y extensión de las informaciones en derecho que hacían las partes: hay que entender que los escritos se reduplicaban, y que además eran redundantes y prolijos en su contenido, de ahí la necesidad de frenar el ímpetu alegatorio y la “verborrea” jurídica y procesal de los abogados. La ley anterior se completó por un Auto Acordado del Consejo de 11 de febrero de 1617, en el que en cumplimiento de la pragmática anterior se ordenaba a los Abogados que hiciesen constar al pie de de las informaciones escritas su firma y los derechos que hubiesen percibido o esperasen percibir.²⁶

²⁴ No. R. N.P.P. A LA LEY 1.14.11.

²⁵ No. R. 2.14.11.

²⁶ No. R. Pag. 211, N.P.P.

Pero en 1624 seguía sin guardarse la ley, como así lo indica el párrafo inicial del Auto de 19 de enero, con los consiguientes daños para las partes, para lo que se insiste que las informaciones no pueden exceder de veinte hojas, y para conseguirlo, se manda que se entreguen los documentos a los Relatores (se supone que del Consejo), que a su vez deberán entregarlas a los Jueces del Consejo pleno para que señalen el día para votar y determinar el pleito.²⁷ Pero el efecto conminatorio de la norma no debió ser muy grande desde el momento en que por otro Auto del Consejo de 2 de octubre de 1679 se mandaba a los Relatores del Consejo que no admitiesen las informaciones en derecho que sobrepasasen los pliegos dispuestos en la ley, lo que hace pensar claramente que se seguían haciendo extensas alegaciones en derecho sin tener en cuenta las limitaciones que les imponía la ley a los Abogados.

Así llegamos al siglo XVIII,²⁸ período en el que en principio no parece que las cosas hayan cambiado esencialmente, pues en 1725, el cinco de diciembre, el Consejo dá de nuevo un auto, que a su vez está confirmado por una ley de Carlos V de 1804, como respuesta a una consulta de dieciocho de diciembre,²⁹ y que es importante para conocer la situación de la cuestión de las informaciones en derecho a lo largo de este siglo. Comienza la **exposición de motivos** poniendo de manifiesto la inobservancia y olvido de la leyes y autos acordados sobre el tema con los consiguientes *inconvenientes tan opuestos a la mejor y más facil expedición de los pleitos, embarazándolos con las difusas alegaciones, y con impertinentes e insustanciales razones, que sólo sirven de que, haciéndose mayor el bulto de su tamaño, se haga más crecido el precio de la paga, consumiendo el caudal de los litigantes, así en su costo, proporcionándolo a su arbitrio,*

²⁷ Ibidem.

²⁸ Se ha mencionado la legislación anterior al periodo que nos ocupa pues es de interés para poder conocer la situación partiendo de su evolución legal.

²⁹ Ambas disposiciones están refundidas en la ley 3.14.11. De la No. R.

como en el perjuicio que se les sigue en la dilación del fenecimiento, y estorbando con ello el tiempo a los Ministros con haber de leer tantos y tan repetidos papeles, perjudicando el curso de otros en la detención que precisan. Es un párrafo lo suficientemente expresivo, de ahí que se haya transcrito completo, sobre la situación real en los tribunales en lo que toca a los informes en derecho de las partes. Y para solucionar el problema, **primero** se manda que se cumpla la legislación anterior, por supuesto con las correspondientes penas en caso de incumplimiento, y **segundo para excusar interpretaciones y fraudes** se establece un control interno en el propio Consejo. Para ello las partes que presentasen informaciones en derecho deberían pedir primero licencia en la Sala para la impresión (licencia para escribir en derecho), y si la Sala lo autoriza se dá un tiempo, normalmente de dos meses, a partir del cual se señalaba ya para la votación de la sentencia. Pero la licencia para escribir en derecho estaba condicionada en cuanto a su realización a otros permisos y autorizaciones; en primer lugar un ministro deberá controlar que la alegación, antes de ser impresa, no contenga *sátiras y cláusulas denigratorias contra el honor de ninguna persona*, y si del informe que emite el Ministro en cuestión no aparece reparo alguno, se le certifica al solicitante, para poder pasarlos al Relator *que los reconoce prolijamente para ver si los hechos que en ellos se citan están conformes o no al memorial ajustado y a los autos*, para decir al final si están de acuerdo, o por el contrario han sido alterados o modificados, en los que pondrá una **nota**.³⁰ Como se puede ver, se debían autorizar dos cuestiones: que el contenido de la información escrita no fuese injurioso, y que se ajusta a lo que en el pleito se trata y discute. Las informaciones en derecho que no cumplan estos requisitos deberán ser rechazadas y los gastos que hayan originado serán de la parte que las haya hecho; es importante el hecho de que en la propia norma se acuerde sobre su difusión, no sólo con traslado a cada Sala del Consejo,

³⁰ ESCOLANO DE ARRIETA, Ob. Cit. Pag 362 y ss. Cita un Real Decreto de 12 de Diciembre 1749 (NoR. 19.16.8)

si no también enviando un ejemplar al **Decano del Colegio de Abogados** para su difusión entre los Letrados, apercibiendo, que además de la aplicación de las penas previstas *se procederá con todo rigor para su mayor firmeza y observancia*.

Hasta aquí la norma. ¿Y la realidad en la práctica?. En primer lugar cabe deducir que era lo suficientemente desbordada como para que se produjeran constantes intervenciones del poder con intentos de paliarla. Ahora bien, habría que hacer algunas observaciones en cuanto al problema de la extensión, confusión y reiteación de las alegaciones en derecho en los pleitos. Si bien es cierto que la situación era gravosa y descontrolada en el Consejo y en las Chancillerías y Audiencias, es decir en los tribunales colegiados, no parece que en los juzgados u órganos unipersonales se produjese con la misma intensidad. En este nivel de la Administración de Justicia, las alegaciones de bien probado, y las alegaciones en general, no revestían la extensión y la confusión de las que se presentaban en los pleitos seguidos en el Consejo y las Audiencias. Eran más ajustadas a la realidad procesal, menos prolijas en citas y referencias, y más concretas al asunto; también es cierto que su contenido era menos jurídico, pero no por eso dejaban de aportar ideas sobre soluciones de las partes.

Existe un punto confuso dentro de la forma de hacerse las informaciones en derecho por los abogados. TAPIA hace referencia a la prohibición legal de no citar leyes ni doctrinas al alegar en derecho.³¹ Se basa, dice, en la ley 1.14.11. de la Novísima Recopilación; pero esta ley, precisamente lo que dice es que una vez concluso el pleito podrán las partes *de palabra o por escrito* informen de su derecho *alegando Leyes, Decretos, Decretales, Partidas y Fueros, como entendieren que les más cumple*. Sorprende esta interpretación interesada de la ley, que no está secundada por otros autores prácticos, y sería cuestión averiguar en que estaba motivada. Como

³¹ TAPIA, Ob. Cit. Pag. 211.

ya se verá mas adelante, las alegaciones de bien probado, o las informaciones en derecho, contenían abundantísimas referencias a las leyes y a la doctrina, eso sí en el plano de la actuación ante tribunales, pues en los pleitos seguidos ante Alcaldes y Corregidores, es decir, en pleitos de menor importacia, las referencias legales son muy escasas, siempre se mencionan las leyes de forma genérica: ley de Partidas, Leyes del Reino, pero nunca la norma exacta en la que se basan. Esta circunstancia puede hacer pensar que esta práctica procede de una aplicación desviada de la prohibición de mencionar normas: se hace referencia al cuerpo legal, pero no a la ley; aunque también puede ser simple estilo de tribunales sin que haya que buscar más causas para su existencia. La realidad era que en la práctica se mencionaban las leyes, con carácter general, y en las informaciones que se presentaban en el Consejo o las Chancillerías las referencias doctrinales, no sólo eran abundantísimas, si no que eran exactas al autor, obra y localización de la cita que se hacía. Por lo tanto, sería cuestionable esta observación de **Tapia**, puesta en relación con la norma, y sobre todo con la práctica.

En todo momento estamos partiendo de las alegaciones que las partes hacían al juez una vez hechas las pruebas, previo al fallo del pleito, y que aparecen escritas, pero los informes orales estaban permitidos por la ley: no sólo podían las partes dar su alegación oralmente o por escrito al juez, sino que no se negaba a las partes, a sus procuradores y abogados, la posibilidad de que en cualquier momento que quisieren informasen al juez *por palabra* alegando todos aquellos derechos que entendían que las cumplen.³² En realidad, aunque hasta ahora hemos centrado la atención en las alegaciones en derecho de forma escrita, por ser el único testigo que nos queda de estos actos en los procesos, se debe partir de una idea en cuanto al medio de expresarse los Letrados; el hecho de que los informes escritos debiesen ser autorizados en los

³² N.R. 4.16.2. Y No. R. 1.14.11.

tribunales, aparece como un límite, no sólo a la extensión y contenido de los alegatos, sino como un facultad discrecional del órgano, y teniendo en cuenta lo deseado por las partes, para autorizar que el informe se hiciese por escrito, o bien se recurriese a la manera ordinaria del informe oral.³³ El sistema de autorización de las informaciones escritas, funcionaba en el Consejo en el siglo XVIII. Se conformaba un sistema controlado de escribir en las alegaciones en derecho, en el que las limitaciones afectaban a lo que las partes pidiesen y al contenido en sí del propio informe escrito.

Parece por lo tanto deducirse que las informaciones escritas quedaron sólo para los casos excepcionales en los que las partes estaban de acuerdo con que se hiciesen de esta manera,³⁴ pero sobre todo, que tuvieron un carácter residual, ya que los tribunales se vieron forzados a limitar su utilización por el mal uso, o más bien, el uso abusivo, que de ellas hicieron los abogados. Si en un momento inicial del sistema, en el que primaba la oralidad, los informes orales eran el medio más utilizado para que las partes hiciesen sus alegaciones ante el juez, la desviación hacia la escritura que facilitó la introducción del proceso romano-canónico fue generando el uso de alegaciones escritas en los pleitos, uso que como se ha visto devino en abuso, siendo éste el origen de su limitación y consiguiente vuelta al sistema de informes orales ante los tribunales.

En cualquier caso, en cuanto a la oralidad de los informes de letrados en los pleitos, era una realidad por dos aspectos:. el primero son las **vistas de los recursos**, que aunque quedan fuera de nuestro estudio son un testigo de que en el Consejo y las Audiencias los abogados hacían sus informaciones en derecho oralmente; y el segundo, las referencias de algunos autores,

³³ AIKIN ARALUCE, El recurso de apelación en el derecho castellano, pag. 210.

³⁴ Si en la legislación de Antiguo Regimen no aparecen disposiciones que nos den idea de esta forma de actuar, **fue una vez más las práctica de los tribunales la que vino a configurar la situación**; se deduce esta idea del hecho que las leyes de Enjuiciamiento de 1855 y 1881, recogen en su articulado la regulación de este sistema de informes, orales o escritos.

así como de las Visitas a las Audiencias, de la **forma de celebrarse la Audiencia Pública**,³⁵ datos que nos hablan de sesiones largas y tediosas en las que los letrados se excedían en sus alegaciones e informes al tribunal, de confusión entre las partes, abogados y procuradores, y los propios jueces y escribanos; de las diferencias entre las audiencias que se celebraban en los Tribunales superiores y las que se hacían ante los Corregidores y los Alcaldes por su falta de formación, y finalmente la utilización de estos momentos para resolver cuestiones de trámite más que para que el juez o tribunal quedase enterado de aquello que las partes debían decirle. Es en estas **audiencias públicas** en las que se mezclan las informaciones en derecho propiamente dichas, con cualquier consulta que las partes quisieren hacer al juez basándose en la posibilidad legal de que tanto las partes, como sus procuradores y abogados, pueden informar al juez por palabra, *alegando todos aquellos derechos que entendieren que les cumple*³⁶, pues los jueces *deben oír a aquellos que les razonaren su pleito*.³⁷ Admitida pues la posibilidad legal y la realidad práctica de que ciertas alegaciones de los pleitos se hiciesen de forma oral, debemos continuar el estudio de este momento procesal a partir de la documentación que podemos conocer, y que son las alegaciones que aparecen unidas a los pleitos, (o bien aquellos ejemplares desligados de los mismos pero que en su día se hicieron con el mismo fin), sin dejar de tener en cuenta que era posible que el informe se hiciese oralmente, y que al mismo tiempo se aportase la alegación escrita para su unión a lo actuado, aunque esta posibilidad estaría más restringida a los Tribunales Superiores.

En este momento conviene hacer una observación sobre una actuación procesal, que se

³⁵ Sobre la manera de desarrollarse la Audiencia Pública en general, ver ROLDAN VERDEJO, Los jueces de la Monarquía Absoluta, pgs. 290 y ss.

³⁶ N.R. 4.16.2. No.R. 1.14.11.

³⁷ P.P. 8.4.3.

podría llamar impropia, pues no responde a una petición de las partes ni a los actos de impulso procesal que le corresponden al juez o tribunal. Se trata de los llamados memoriales ajustados, que en principio se confeccionaban por los Relatores de las Chancillerías y del Consejo con la finalidad de facilitar a la Sala el estudio del negocio sobre el que tenía que decidir, y que la práctica fue introduciendo también en la actuación de los jueces unipersonales, práctica que aquí recaía en los escribanos, y que fue criticada reiteradamente por los autores prácticos por las desviaciones que podía suponer en el fallo del juez, por lo que se insistía en la necesidad de que los jueces examinasen por ellos mismos los autos: *El escribano del número [...] pasa a hacer relación del pleito al juez, para lo que debe formar memorial del mismo pleito.*³⁸ Y si en estos casos el memorial hecho por el escribano tenía un carácter dudoso y poco reconocido, en el Consejo y en las Audiencias estaba admitida su práctica, pues en un tribunal colegiado tenía sentido y finalidad: servía para el estudio conjunto de todas las actuaciones hechas en el pleito una vez que la Sala se reunía a ver y fallar los asuntos. Esto ocurre cuando las partes han hecho sus alegaciones y el pleito está concluso, entonces pasan los autos al Relator *por quien se forma el apuntamiento o memorial ajustado*. La partes pueden pedir que este memorial se forme con su citación, y que incluso se imprima; normalmente se accedía a estas peticiones, y una vez que se había hecho el cotejo del memorial ante las partes, y estaba impreso, se podía pedir el señalamiento para la vista.³⁹

11.3. ANÁLISIS DE LOS DOCUMENTOS ALEGATORIOS QUE CONTENÍAN LOS RESÚMENES FINALES PROBATORIOS.

³⁸ MARTINEZ SALAZAR, Ob. Cit. Pag. 188.

³⁹ ESCOLANO DE ARRIETA, Ob. Cit. Pag. 361.

El estudio de las **alegaciones en derecho, o resúmenes de prueba**, que se confeccionaban por los abogados en el momento del pleito en que, una vez hechas todas las pruebas que las partes habían propuesto, y unidas éstas a los autos, lo que supone un conocimiento global de sus resultados, no se puede hacer de una manera unívoca. Como se ha ido explicando, no es lo mismo unas alegaciones de bien probado hechas en un pleito seguido ante un Corregidor o Alcalde Mayor, es decir un juez unipersonal, que aquellas que se presentaban en los asuntos seguidos en las Audiencias o en el mismo Consejo. Sujetos éstos últimos a mayor control por las Salas y ministros, resultan altamente más complejos que los unidos en el trámite normal de un proceso ordinario. Aunque todos ellos son documentos sujetos a unos esquemas de explicación y razonamiento lógicos, se pueden ver las diferencias que existen entre ellos sólo con un mero exámen. Su análisis conjunto arroja unas conclusiones que les son comunes y que en el fondo no les hace altamente dispares, pero es indudable que su configuración y desarrollo hace que se constituyan en dos bloques muy diferenciados.

Primero, para el estudio de las alegaciones probatorias de pleitos seguidos en las Audiencias y en el Consejo, se ha utilizado el fondo documental conocido como **PORCONES**, y que corresponde a una serie de documentos que se encuentran en la Biblioteca Nacional de Madrid, de diversa procedencia, unos impresos y otros manuscritos, y que son una fuente inestimable para conocer el contenido de los pleitos y contiendas seguidos en las distintas instancias de la Administración de Justicia de la Monarquía Absoluta. La dificultad de su análisis es la desconexión con el asunto que los originó, y sobre todo con el resultado final del pleito, pero pese a ello nos transmiten un importantísimo conocimiento de lo que en los pleitos se pretendía, se probaba, y finalmente se proponía como solución a aquel o aquellos jueces que lo debían determinar.

Segundo, las alegaciones de bien probado que están unidas a los pleitos de primera instancia, por supuestos todas manuscritas, y lo que es muy importante, integradas en el proceso y por lo tanto en la línea de continuidad que permite conocer su gestación y el resultado del asunto, la decisión final para saber de que forma este fallo se ha podido gestar en la conciencia del juzgador.

Y tercero, se han analizado alegatos de resumen de prueba del Consejo, manuscritos, unas veces unidos al pleito, y otras sin vinculación con el proceso en cuestión del que procede.

De todo ello, finalmente se han hecho dos grupos concretos de alegaciones en derecho: 1º), las que se encuentran desvinculadas del proceso en el que se originaron -porcones y alegaciones del Consejo-, y 2º), aquellas que están unidas al pleito del que proceden, con sus antecedentes y sus consecuencias. Aunque finalmente se puedan extraer consecuencias que les son comunes a ambas, conviene analizar los dos grupos de documentos por separado para hacer mejor su comprensión.

11.3.1.LAS ALEGACIONES EN DERECHO DESVINCULADAS DE LOS PLEITOS: LOS PORCONES.

Si una sentencia es una declaración de voluntad unilateral, las alegaciones que la preceden son un elemento deductivo, que partiendo de los hechos que originan el conflicto litigioso y de las pruebas que las partes han aportado al proceso, se llega a la conclusión final, como resultado, y así se hace llegar al juez. Distintas del resto de alegaciones procesales, se caracterizan fundamentalmente las alegaciones de bien probado por enfrentar en su conjunto todos los elementos fácticos y de derecho que aparecen en el litigio, para concluir con el resultado que se espera obtener. En este momento, cada parte no sólo utiliza sus presupuestos procesales, si no

que los pone en relación con aquello que ha esgrimido su contraria procesal, todo ello aderezado con las “salsas” resultantes de las pruebas que se han hecho durante el pleito. Del conjunto, se extraen las conclusiones a las que se ha de llegar para poder justificar lo que se pretende, y proponérselo al juez como el resultado deseado. Al tratarse de documentos procesales fuertemente influidos por la práctica, en los que en su elaboración y formación han intervenido juristas conformando su estructura interna y formal, mantienen una curiosa **uniformidad estructural**, lo que hace muy sencillo su análisis de contenido según los distintos **elementos que los forman**. Del análisis documental se ha formado el siguiente catálogo para su estudio:

1º.- **Los hechos**. Este primer apartado está formado por los antecedentes de hechos, tanto los propios como los contrarios, los antecedentes procesales, y las bases documentales de los derechos alegados: testamentos, codicilos, sentencias, escritura de constitución de dote o de mayorazgo.

2º.- **Argumentos de la alegación**. Lo más frecuente es que se enuncien las premisas lógicas que se utilizan, para pasar a desarrollar los argumentos.

3º.- **Desarrollo de los argumentos**. Este desarrollo se puede hacer en dos pasos:

A) Se desarrolla la línea argumental planteada; se plantean las posibles objeciones que se le pueden enfrentar, para pasar a dar respuesta a estas objeciones, respuesta que por supuesto las anula, eso sí, lógicamente.

B) Se formulan las objeciones a los argumentos contrarios, sobre todo cuando se alega en segundo lugar, y aún sin conocer las alegaciones de prueba de la contraria, se adelantan en base a lo que se ha pretendido inicialmente y a lo que se ha probado.

Partiendo de este esquema, veamos como se conforman los distintos elementos de una **alegación jurídica o información en derecho**

1º.- Los hechos; antecedentes fácticos y procesales.

Constituye esta parte de la alegación una narración de hechos y circunstancias, muchas veces con carácter cronológico, que sitúan en el punto de partida para los argumentos que se van a utilizar. Ya que la cuestión en conflicto partía en muchas ocasiones, si no en la mayoría, del resultado de distintas interpretaciones dadas a documentos y escrituras como constitutivos de un derecho, su referencia entra a formar parte de este apartado alegatorio.

En un pleito de tenuta seguido en el Consejo, se aporta en primer lugar un árbol genealógico encabezado por los fundadores del Mayorazgo, para seguir con la narración y contenido de la fundación del mismo y del testamento del fundador: Sigue el nombramiento de sucesor, su fallecimiento y disposiciones testamentarias, así como todos los avatares familiares siguientes de muertes y matrimonios, para enlazar con la demanda procesal y las actuaciones más importantes que se han llevado a cabo.⁴⁰

En pleito sobre reclamación de gananciales y dote, en demanda de tercería de la esposa a causa de la ejecución de una deuda contraída por su marido durante el matrimonio, se parte de que ambos se han casado en Bilbao, y allí vivieron como matrimonio más de un año (hecho determinante para argumentar su petición), por lo que se les aplica la **costumbre del lugar**; hubo además contrato matrimonial con dote.⁴¹ También en un pleito de reclamación de dote y ejecución de bienes entre hermano y hermana, los antecedentes de hecho dan lugar a una cuidada relación con cronología incluida. Desde las capitulaciones matrimoniales con ocasión del matrimonio de los padres, con constitución de dote que pasaría a las hijas, y en su defecto a los hijos, una escritura de traspaso de bienes de dote, el testamento de la esposa, con transmisión

⁴⁰ A.H.N. CONS. LEG. 43712.

⁴¹ B.N. Fondo de PORCONES, 662.5.

de la dote a la hija mayor, hasta el secuestro de los bienes del marido con ocasión de la Guerra de Sucesión.. La hija mayor pide al Juzgado de Confiscaciones que el Fisco le restituya la cantidad que le corresponde por la dote de su madre, más los intereses desde su muerte. Esta demanda se dirige también contra su hermano como heredero del marqués su padre. En este asunto se dicta sentencia , con oposición del Fiscal, condenando al Fisco a pagar lo que se le reclama, dictándose auto ejecutivo para el depositario de los bienes, que dice no tener suficientes para cumplirlo. En vista de ello, la reclamante, pasa a pedir el justiprecio de una casa, que una vez tasada se le adjudica en una cantidad inferior a la reclamada, por lo que inicia otra solicitud sobre otra casa sujeta a vínculo, justipreciándola y adjudicándosele con citación del poseedor real, dándosele posesión y usufructuando las rentas que son del Mayorazgo.. Pese a ello, presenta demanda contra su hermano, el Marqués, ofreciéndose a restituirle las fincas si se allana a pagarle una cantidad que reclama. Pero su hermano, reconvenciona, y pide que se declare nulo todo lo actuado en el Juzgado de Confiscaciones, devolviéndole la posesión de sus bienes con sus frutos y rentas. En estas narraciones de hechos como base de pedir, se hace referencia a los documentos que sustentan los derechos, y en algunos casos la datación cronológica parece hecha con cuidado.

2º.- Argumentos que se van a utilizar. De la exposición de los antecedentes de hecho, se parte para establecer una línea argumental que ha de conducir a la petición de sentencia favorable. Los argumentos a utilizar se enumeran como las razones que son el hilo conductor de todo el desarrollo posterior de la exposición alegatoria. Estas razones argumentales se configuran a su vez como conclusiones: premisa: el que argumenta tiene derecho a que se le reconozca el derecho que reclama, por lo que más adelante se dirá. Son por lo tanto deducciones finales más que premisas lógicas que llevan a una conclusión. La estructuración formal aparece en los documentos como un enunciado de lo que será el desarrollo de la alegación, son las bases

de las que parten los razonamientos. Así se dice en el caso del pleito de tenuta mencionado, que la alegación va dirigida a demostrar que el alegante tuvo la posesión del mayorazgo en su momento, y que tiene derecho a que se le vuelva a transmitir, y en el caso de que no se admita esta pretensión, alternativamente se le debe conferir la posesión de otro mayorazgo excluido e incompatible con el que es objeto del pleito.⁴² En la reclamación de bienes gananciales y dotales, los argumentos son, que al haberse celebrado el matrimonio en Bilbao y haber vivido en esta ciudad, se ha de aplicar la costumbre en el sentido de que los bienes de los cónyuges se comunican, y por lo tanto pueden ser ejecutados los dotales por deudas contraídas por el marido, siendo suficiente para crear esta situación el contrato matrimonial celebrado con la madre de la esposa.⁴³ Y en el pleito en reclamación de dote por las actuaciones seguidas ante el Juzgado de Confiscaciones, se parte de que la sentencia inicial es nula, y en consecuencia son nulas todas la ejecuciones que se hacen a partir de ella, por no observarse el orden judicial, por haberse ejecutado bienes de mayorazgo, por no haberse hecho legítima discusión, ser injusto el justiprecio, y no haberse subastado. En otra reclamación sobre bienes dotales que hace la madre del marido a la esposa, una vez que ha fallecido su marido del que estaba separada, por el hecho de no haber escritura de constitución de dote, la argumentación se basa fundamentalmente en la demostración de la existencia de esta constitución aunque no haya escritura.⁴⁴ En un cumplimiento de promesa de dote, el argumento depende de si resulta o no probada la promesa de dote, promesa que no consta en ningún documento, ni público ni privado.⁴⁵

⁴² A.H.N. CONS. 43712.

⁴³

B.N. Fodo de PORCONES, 662.5.

⁴⁴ B.N. Fondo PORCONES 583-16.

⁴⁵ B.N. Fondo PORCONES. 583-2.

3º.- Desarrollo argumental.⁴⁶ Hasta este momento, la alegación no ha sido más que una puesta en situación para el verdadero desarrollo argumental. Este desarrollo es el que se hace partiendo de la premisas argumentales a las que nos hemos referido en el apartado anterior, y constituye la verdadera argumentación jurídica, en la que se parte de los enunciados anteriores, pero en la que se introduce como elemento de convicción de los argumentos el resultado probatorio; se manejan los Letrados con los hechos, con el resultado de las pruebas y con los elementos doctrinales y legales que le sirven de soporte. Este elemento sea quizás el que confiere a los resúmenes de prueba un contenido jurisprudencial más importante: la argumentación jurídica, en base a la ley y a la doctrina, para demostrar que unos hechos han resultado probados y por lo tanto la pretensión del pleito está justificada. En el pleito de Mayorazgo la línea argumental es que el reclamante a la posesión del mayorazgo tiene derecho por ser incompatible con otro Mayorazgo que posee la parte contraria en el pleito, al estar excluidos los descendientes primogénitos del ascendiente que en su día quedó apartado de una posible sucesión. En cuanto a la posible prescripción de la transmisión, no se ha podido producir, pues la fecha del traspaso no se debe tener en cuenta hasta que se produce la muerte del último detentador. Como un argumento complementario al anterior, se utiliza la subsidiariedad de otra pretensión. La forma de escribir en derecho es muy prolija, y reiterativa, con numerosísimas referencias a autores clásicos y utilización profusa de brocardos latinos. Mantiene continuas indicaciones conceptuales deducidas del contenido de las escrituras fundacionales y de transmisión, así como a las disposiciones y normas que regulan la institución de Mayorazgo; la Ley Real es mencionada con frecuencia, así como el Derecho en general, la Ley Romana, Decisiones de Chancillería,

⁴⁶ Al seguirse el mismo orden documental que se ha utilizado para el planteamiento argumental, no se incluyan las referencias a los documentos concretos, pues ya constan.

Ejecutoria del Consejo y Leyes de Partidas.⁴⁷

En el pleito sobre la reclamación de bienes gananciales y dotales, originado en una ejecución por deudas de marido, la línea argumental, de en este caso el Fiscal, es que se ha de aplicar la constumbre del lugar, que se corresponde con la comunicación de bienes en el matrimonio. Con ello se justifica el que, siendo los bienes de la mujer comunes al marido, éstos puedan ser ejecutados por deudas que le son propias. Pero para poder aplicarse esta costumbre, primero ha de quedar demostrado que el matrimonio se celebró de forma que queda bajo su ámbito regulador; y es a este hecho al que se dirige la prueba del Fiscal, a demostrar la sumisión a la costumbre de Bilbao sobre comunicación de bienes, para así poder aplicar la regulación que con esta costumbre se hace de los bienes matrimoniales: Se basa para demostrarlo en las declaraciones de sus testigos en el pleito, y menciona como antecedentes judiciales dos sentencias, de 1560 y 1563. Y en cuanto al contrato matrimonial celebrado con la madre de la esposa, se le considera suficiente para obligar a las partes, basándose en este caso en una Ley de las de Toro.

Y en el asunto para declarar nulas la sentencia y ejecuciones del Juzgado de Confiscaciones, el demandado reconviniendo, hermano de la adjudicataria ejecutante, comienza por decir que el crédito de su hermana no está justificado, y que no existió constitución de dote en su día, sólo promesa, siguiendo una amplia disquisición de derecho sustantivo sobre los efectos de constitución de la dote. Además, considera que su hermana en este caso, sólo es acreedora a un tercio del importe de la dote pues tiene otros dos hermanos, y aunque admite la preferencia legal de las hijas sobre los varones en cuanto a transmisión de los bienes que constituyen la dote de la madre, piensa que en este caso la madre no estaba facultada para activar esta preferencia. En cuanto a las causas de nulidad de las ejecuciones, se basa en que no se ha

⁴⁷ En este momento de la explicación no nos referiremos a los autores que se mencionan, ya que al final se hará una relación conjunta de la doctrina utilizada en todos los documentos.

respetado el orden de los bienes a ejecutar, con referencia expresa a la Nueva Recopilación y a las Partidas, y aunque admite que en este caso la mayoría de los autores no comparten esta opinión, se están refiriendo a la vía ejecutiva, y en el caso que nos ocupa no se puede considerar vía ejecutiva. Con estas afirmaciones el alegante se está anteponiendo a lo que la contraria pueda argumentar en contra de su afirmación; añade que cuando se está ante una ejecución de una sentencia, sólo se puede ir a la vía ajecutiva si el deudor no paga voluntariamente, según la ley de Partidas. Continúa basándose en que los bienes sobre los que ha recaído ejecución, son bienes de Mayorazgo, y por lo tanto no son ejecutables, mientras que en la herencia, según inventario, existían bienes desvinculados, sobre los que se debería ejecutar, ya que además estaban en manos del Fisco, sin que quede demostrada la ausencia de bienes libres con la sola certificación del depositario. Y en cuanto al justiprecio, hecho en base a la capitalización de la renta en un 5%, considera que los justipreciadores los tasaron para sacarlos de la confiscación, por lo tanto la sentencia no puede ser título para ejecutar, máxime cuando no se acudió a la subasta pública. Por lo tanto, el marqués demandado reconveniente, tiene derecho a la restitución de los bienes, pues se cometió despojo por el Juzgado de Confiscaciones, y en base a ello se le debe pagar como si lo hubiera cometido una persona privada, procediendo la restitución por adjudicación injusta y excesiva; y como consecuencia de todo lo anterior, no se ha producido transmisión del dominio, ni cabe la retención de los frutos y rentas. Como en la mayoría de estos documentos, aunque aparece alguna mención a leyes reales y romanas, la absoluta abundancia a citas y referencias doctrinales, oscurece la relación que se pueda hacer a las normas ; contiene una buena argumentación de derecho sustantivo, sobre la dote y su constitución, siendo especialmente importante la argumentación sobre ejecuciones.

En la reclamación dotal que hace la suegra a su nuera, una vez fallecido el marido, del

que estaba separada, para que le devuelva el importe que recibió al momento de casarse, tiene que partir de la demostración de la existencia de la constitución de la dote aunque no haya habido escritura, y para ello recurre al privilegio dotal sobre prueba, mencionando leyes reales.; consiste el privilegio en cuestión en que la mujer al casarse aporta a la dote todos sus bienes muebles, basándose en la traslación del dominio, y para ello recurre a los autores, además, considera comunes los frutos de los bienes del matrimonio, sean de cualquier tipo, fundándose en normas de derecho y en la doctrina. Por lo tanto, si la dote se constituye con la entrega, según ley de Partidas, no se puede discutir la constitución, sino la cantidad, y el marido es el administrador de todos los bienes excepto de los dotales, pues la constitución de la dote en cuestión no ha sido negada por la otra parte. A este argumento le sigue una complicada disquisición sobre los bienes parafernales, que se considera que no tienen prelación, y sí pueden estar gravados con hipoteca, siguiendo siempre a **Antonio Gómez**. Considera el alegante que las pretensiones están suficientemente probadas por testigos, aunque la contraria niegue su valor por dependencia, y se desvirtúan las tachas puestas a cada uno de los testigos, mencionando que uno de ellos es escribano y que por lo tanto su testimonio tiene más valor por razón de su oficio, y añadiendo que las incompatibilidades de los testigos no juegan en causa civil como lo puedan hacer en causa criminal. Siguiendo sobre la prueba, pretende que el libro de contabilidad llevado por el mayordomo de la alegante, tiene más valor probatorio que una escritura privada, apoyando la verosimilitud de esta afirmación en un autor que a su vez recoge la opinión de 42 autoridades. Por el contrario, la prueba que ha hecho la otra parte no ha demostrado nada, ya que los bienes gananciales son del matrimonio, la separación de los conyuges fue de común acuerdo, y los testigos declaran de oídas y sus declaraciones vienen a apoyar la tesis de la actora, pues la parte no tiene derecho a los gananciales, ya que no hay comunicación de bienes y es dote inestimada.

Así mismo, el privilegio de dote está probado en el Codicilo, poniendo para ello como ejemplo un proceso en el que se falló a favor del actor por la cantidad que reclamaba. En esta alegación es quizás en la que se ha encontrado mayor confusión en el discurso por ser también mayor el número de citas y referencias doctrinales; contiene también explicaciones sobre derecho sustantivo (dote y bienes en el matrimonio), pero mantiene una línea coherente con las pruebas que ha hecho y con la que ha hecho la parte contraria para rebatirlas.

En resumen, estamos ante unos documentos procesales muy específicos, en primer lugar por suponer un espacio procesal muy concreto en el que se resume el contenido de lo que en el pleito se ha dicho y hecho, y sobre todo por las características de su contenido: se corresponden con un **estilo** formado dentro del ámbito forense pero en el que convergen influencias doctrinales y teóricas importantísimas. Estructurados con planteamientos lógicos que permiten desarrollar unas argumentaciones silogísticas, encaminadas a buscar la solución del conflicto que más interesa según las pretensiones de cada una de las partes, se basan en argumentos ajenos para aplicar a cada caso concreto. Si las referencias a las leyes, en general resultan escasas, abruman las citas a la doctrina, con especial incidencia en los autores que hicieron la elaboración del Derecho Común. Es esta presencia en los alegatos en derecho de los pleitos civiles la que impregna casi todo su contenido; cuando se pretende demostrar que la solución a un supuesto es la más conveniente, se hace siempre teniendo en cuenta lo que ya se ha dicho por los juristas y letrados sobre asuntos similares. Y como en un conflicto privado confluyen muy variadas cuestiones de derecho sustantivo, son igualmente variadas las menciones a los autores: si para argumentar sobre la validez de una reclamación de dote, hay que justificar la existencia de la dote misma y su constitución, el hecho del matrimonio y el contrato matrimonial, quien tiene derecho a reclamar esa dote, o cuales han de ser los bienes de una herencia que se deben excluir por ser

dotales, es lógico pensar, que dentro de unos esquemas doctrinales tan profundos, cada una de estas circunstancias quedará fijada conforme a lo que sobre hechos similares han dicho los autores con anterioridad, autores a los que se reconoce una autoridad suficiente como para que sus opiniones hayan de ser tenidas en cuenta. Después de hacer un recuento de las referencias doctrinales que aparecen en todos los **PORCONES** consultados, sorprende en primer lugar su variedad: se mezclan las opiniones de glosadores del derecho común como son **Bartoldo y Baldo**, con autores castellanos como **Castillo, Salgado, Covarrubias o Antonio Gómez** -con mucho el más citado- al mismo tiempo que se recurre a juristas no nacionales, pero cuya difusión era evidente entre los letrados de formación castellana, siendo **Barbosa** el que más veces se menciona, con **Farinacio, Menochio y Mascard**. Pero las referencias y las citas no se quedan en este tipo de pensadores, también es recurrente la intención de apoyarse en los pensadores clásicos por excelencia, como **Cicerón o Aristóteles**, incluso **San Isidoro**, o simplemente en menciones a la doctrina con carácter general. Frente a este derroche de doctrina y pensamiento jurídico, las escasas referencias a las leyes sorprenden por su parquedad. Cuando se mencionan, son preferidas **Las Partidas**, aunque la **Nueva Recopilación** también aparece, pero más escasamente, lo mismo que **Las Leyes de Toro**. Por último, se encuentran algunas referencias a la **costumbre** y a otras **Actuaciones Judiciales**, como sentencias o ejecutorias anteriores, tengan o no relación directa con el asunto de que se trata.

Con todo este material lo que pretenden los Letrados es justificar sus argumentos de fondo en el pleito y lo que se utiliza, y en ello se apoyan, no en una doctrina creada por los propios Tribunales de Justicia, que sería la verdadera Jurisprudencia, sino en las conclusiones de pensadores anteriores, pensadores del derecho que tendrían dos canales de difusión: el universitario en el momento de la formación del hombre del derecho, y el mismo de la práctica

forense, pues la recurrencia a los mismos autores seguramente procedería de la propia práctica forense, al divulgarse entre los abogados las obras de los más autorizados Y finalmente, queda por decir, que si bien se sigue en las exposiciones un cierto discurso lógico para llegar a la conclusión deseada, es frecuente que este discurso se distorsione por reiteración, lo que hace de las alegaciones en derecho, resúmenes de prueba, o alegatos de bien probado, documentos extensos, farragosos y reiterativos. En cualquier caso, no hay que olvidar que pese a sus defectos, estas alegaciones finales son de un valor inestimable para conocer, no sólo la forma de alegar en los procesos privados, sino el contenido jurídico de estas alegaciones y la forma en las que las partes resolvían sus justificaciones ante los jueces, pretendiendo las soluciones que más convenían a los intereses de cada parte.

11.3.2. LOS RESÚMENES DE PRUEBA INTEGRADOS EN EL PROCESO.

En los pleitos seguidos ante jueces unipersonales, es decir Alcaldes y Corregidores, en la fase final del proceso, lo frecuente es encontrar alegaciones de bien probado integradas en la propia materialidad del proceso, es decir en los autos. Se conforman los alegatos de bien probado como escritos aportados por las partes por el orden que les impone la ley y la práctica, y que inicialmente son menos enjundiosos jurídicamente que los Porcones estudiados, pero suponen como en éstos una guía para encontrar cual ha sido la base argumental de la respuesta final del juez.

De su análisis conjunto se comprueba inmediatamente su uniformidad estructural. Comienzan, después de identificadas las partes, por concretar la petición que se hace al juez para que falle precisamente en este sentido, y después relacionar los argumentos que utilizan para llegar a estas conclusiones. Tienen por tanto estas alegaciones de resumen de prueba dos partes

muy diferenciadas:

1º.- La petición concreta que se formula como resultado final de la contienda. Se hacen estas peticiones de una manera muy concreta, resumiendo lo que hasta el momento se ha ido pidiendo, de forma que se convierten así en el resultado final del esfuerzo procesal, pues no siempre han de coincidir con lo inicialmente solicitado, ya que a lo largo del desarrollo del pleito han podido ir surgiendo cuestiones nuevas que modifican o cambian la línea inicial.

En el pleito en el que una abuela reclama la tutela de su nieta por haber contraído su madre un nuevo matrimonio⁴⁸, lo que le pide la demandante al juez en su demanda inicial es que se le nombre a ella tutora de la menor y administradora de sus bienes; y el juez así lo acuerda, una vez que ha comprobado la circunstancia que ha dado lugar a la demanda no contenciosa de la abuela. Pero las cosas se comienzan a complicar desde el momento en que la madre contesta a esta solicitud, se opone a ella y demanda reconvencionalmente a su suegra pues considera que tampoco ella puede ser tutora de la niña al ser le deudora de la herencia paterna; al mismo tiempo que alega este motivo para oponerse, le está pidiendo a la abuela que haga inventario y partición de sus bienes, con lo que las peticiones se complican dentro del mismo proceso. Y en el hecho de las pruebas de testigos ocurre que la demandada reconviniente intenta demostrar que la abuela de la niña no es la persona más adecuada para cuidar de una menor, pues a sus propios hijos no les trató con mucho cariño, habiendo quedado demostrado que es una persona con un carácter ciertamente difícil y áspero. Pues bien, puestas así las circunstancias del proceso, de la petición inicial de tutela, se pasa a pedir además que no se haga partición de los bienes hereditarios, y que borren y se tengan por no dichas todas las expresiones injuriosas que aparecen en las actas de prueba. Pero en la mayoría de los casos esta concreción peticional suele coincidir con lo que se

⁴⁸ CHAN. VALL. P.A. 3325-1

pedía en los momentos iniciales de la demanda y la contestación, pues en el pleito de obra⁴⁹ nueva la demandante pide que se mande demoler la obra, y el demandado que se mantenga; en la reclamación sobre la propiedad de un molino⁵⁰, el demandante insiste en que se le mantenga en su dominio quieto y pacífico mientras que el demandado solicita que se reconozca la titularidad en la parte que le corresponda. Y la misma petición en la demanda que hacen los compradores de unas tierras para que los demandados las saneen⁵¹, vuelven a hacerla en este momento final, mientras que la contraria insiste en que se les absuelva de la demanda. En un pleito en el que se reclama la existencia del contrato de arrendamiento de una tierras⁵², el demandante en este momento pide que se le siga manteniendo en la posesión de la tierras que viene labrando, propiedad del demandado, añadiendo que está dispuesto a hacer las escrituras correspondientes y a pagar la renta que se le reclame, frente a la negativa del demandado que se resume en que no se le dé la posesión al demandante.

Lo cierto en esta parte de la alegación es que no sólo se trata de concretar las posiciones para convertirlas en peticiones finales, si no que también esta enumeración taxativa de lo que se pretende que el juez resuelva sirve de punto de partida y de base para continuar con lo que es en sí el centro y el cuerpo de una alegación de bien probado, que no es otra cosa que la argumentación fáctica y jurídica para apoyar lo que se pretende del juzgador.

2º.- Desarrollo de la argumentación. Los argumentos en los que cada parte se apoya para dar consistencia a lo que pide, aparecen en estos escritos **como una cascada**; desde luego

⁴⁹ CHAN. VALL. P.A. 2791-2

⁵⁰ CHAN. VALL. P.A. 2792-3

⁵¹ CAHN. VALL. P.A. 3782-4

⁵² CHA. VALL. P.A. 3782-3

que entre uno y otro existe un cierto nexo lógico, pero el hecho de que se vayan situando cada razonamiento sin una línea conductora del argumento intrínseco, -como sí ocurría en los PORCONES- hace que nos encontremos frente a una serie de razones yuxtapuestas, en las que se mezclan la constatación de los hechos, los razonamientos jurídicos, la valoración de las pruebas propias y contrarias, e incluso los simples razonamientos que no van más allá del sentido común y de la lógica. Con esta mezcla de contenido, estos documentos alegatorios se convierten en una línea argumental fácil de seguir por su escasa complejidad, a veces desconcertantes por lo que aportan de nuevo al proceso, pero siempre tendentes a defender una postura procesal, lo que se consigue desde posiciones menos jurídicas y sí más de sensatez y cordura que propiamente de derecho.

En el ya mencionado asunto de tutela, la demandante, que es la abuela de la niña, comienza haciendo una situación de los hechos: la niña existe, ella es la persona llamada a la tutela por ley, el juez dió auto de tutela que no se ha ejecutado (en este momento introduce una queja procesal, pues ciertamente se ha convertido un expediente sumario no contencioso en un verdadero pleito declarativo), mientras que está claro que la madre de la menor no tiene derecho a su tutela por haberse casado nuevamente, lo que es una exigencia legal. Pasa después a apoyar una tesis que no ha formulado en el inicio procesal, como es que ella está mejor dotada económicamente que los padres para mantener y cuidar de la niña; para ello pasa al resultado de la pruebas, al considerar que la demandada no ha podido demostrar que ella fuese deudora de la menor, mientras que su prueba de confesión y testifical dejan claro que ella sí que liquidó a su hijo los bienes que le correspondían por herencia. Pasa después a la cuestión de las expresiones injuriosas que contra ella han dicho los testigos que presentara su nuera, tales como su mal genio en el trato que dió a sus propios hijos, intentando desmontarla con lo que han dicho sus propios

testigos, y por su propia calidad personal; refuerza esta tesis con la afirmación de estos testigos son de peor calidad que los que ella presentara en su momento, y por lo tanto su testimonio es de menor valor, argumentación que se apoya en la Ley Real y en la Doctrina, como lo hace para exigir que se cumpla el auto por el que inicialmente el juez le dió a ella la tutela de su nieta. Por su parte, la madre de la niña es decir, la demandada y contraria que le reconviene, comienza por decir que la abuela ha de ser considerada deudora de la menor, para lo que se basa en la confesión de la propia demandante, reforzada por lo que dicen los testigos, y dado que está probado este aspecto de la reconvención se ha de llegar a un juicio de inventario, para lo que se apoya en una disposición real. A partir de ahí, para la madre está claro que su hija debe quedar bajo su tutela y custodia, aunque admite que sujeta a curaduría. Valora la prueba de la contraria como inútil, pues los testigos que han contestado a las preguntas ni siquiera son del lugar.

En el pleito de saneamiento y evicción, el demandante después de hacer una concreción de los hechos, pasa a considerar que ha quedado probado por testigos que ha habido una intromisión en las tierras de las que es propietario; mientras, la demandada ha pasado a hacer alegaciones en el período de prueba con lo que se le ha dejado indefensa para responder. Por su parte dos de los demandados no han probado tener título bastante para usar de las tierras que se les reclaman; concreta también que no debe jugar la prescripción extintiva de la acción, pues los herederos de los vendedores están también obligados a hacer el saneamiento de la cosa vendida, todo ello con escasas referencias legales o doctrinales en la que apoyar su tesis, por lo que la alegación termina por ser una simple relación de hechos probados. Tampoco los demandados aquí hacen un alarde de argumentación, resumiendo también su alegación en una relación de hechos probados, mezclados con excepciones a la demanda, tales como la falta de conocimiento de la pretensión, con la valoración que se hace de la prueba de testigos de la parte demandante,

por considerar que sus respuestas no son coincidentes y que contestan de oídas, sin que claramente digan que al demandante le falten tierras con lo que viene a decir que la pretensión de la actora no está suficientemente probada.

En la reclamación sobre la propiedad de un molino entre tío y sobrino, por haber una alteración procesal al tratarse de un pleito iniciado por demanda de jactancia; alega en primer lugar el demandado, que es el sobrino que reclama su parte de dominio sobre el molino. Basa su argumentación fundamentalmente en lo que dicen los testigos, ya que por sus declaraciones no ha quedado probado que no se liquidó la dote de su madre, mientras que por el suficiente número de testigos que él ha presentado y por lo que han contestado a las preguntas, se ha demostrado que no tiene su tío justo título para poseer y que no es poseedor de buena fe, dándole un valor especial a la declaración de un testigo por tratarse de un alcade ordinario. Después de una escueta mención a la ley real en cuanto al justo título y la buena fe para poseer, sólo parece la consideración de que *es sabido en derecho* que la contraria debió probar sus argumentos, precisamente por ser la que demanda y recaer sobre ella la carga de la prueba. Mientras tanto, la demandante, que es el poseedor de buena fe del bien reclamado, hace una argumentación más contundente y con mayor espíritu de defensa, basándose en argumentos tales como la prescripción de la reclamación, pues no ha hecho ninguna sobre la herencia sin intentar el juicio universal correspondiente. Pasa después a considerar que se ha demostrado por la prueba que su padre había dotado a su hija, madre de la contraria, por *ser consiguiente, regular y preciso en disposición de derecho*, así por corresponder con la *costumbre del lugar*, que establece que el importe de esta dote recae en su hijo y heredero. Además la madre no trajo la dote a colación en el momento de la muerte del padre común. A continuación hace consideraciones sobre el hecho de que ha poseído el molino pacíficamente durante 58 años, y que ha hecho en él mejoras y

reparaciones que le han dado un valor que no tenía cuando se hizo cargo de él. En cuanto a la cuestión alegada de la dote, insiste en que se trata de una circunstancia de *difícil prueba* por no existir documentos y haber transcurrido más de 74 años desde que ocurrieron los hechos, pero basándose en **Las Partidas** en cuanto que la dote en cuestión no se trajo a colación en el momento de la liquidación hereditaria. Para todo lo que pretende se basa en los testigos y en lo que puedan demostrar los documentos, mencionando la costumbre, la presunción, y una ley de Partida. Pese a ser una alegación más completa que la que hace su contraria, se reitera en sus razones, con lo que la línea argumental es difícil de mantener.

Una reclamación de obra nueva es muy específica, pues no sólo su objeto es muy concreto -demolición o no de lo construido-, si no que se ha de seguir para ello un procedimiento especial y sumario, en el que el *orden* no es respetado, pero además es un pleito peculiar por la casi imprescindible intervención de los peritos que darán su opinión al juez sobre las consecuencias de la nueva construcción. De ahí que los argumentos que resumen lo que se ha probado hayan de tener un carácter muy concreto; empieza la demandante por centrar el debate en el hecho de que el derecho (que sea demolida la construcción hecha por su vecino en un corral común) está justificado porque la obra le causa un perjuicio en sí, y por que con la nueva construcción se le está privando del dominio que tiene sobre la parte del corral; el perjuicio queda probado con lo que dicen los testigos y el perito, invirtiendo la carga de la prueba cuando considera que la contraria debe probar que no existe tal perjuicio; los testigos también demuestran con sus declaraciones que existe el derecho de dominio sobre la parte del corral que ha sido invadido, *pues es regla constante en derecho que quod omnes tangit, debet ab omnibus approbari*. Se insiste en la valoración de la prueba, sobre todo en la documental, y sobre todo *porque está probado que la contraria no ha probado*, con lo que intenta volver a dar la vuelta

a la carga de la prueba, si tenemos en cuenta que la parte contraria está en la situación procesal de demandada. Por su parte, ésta, alega que la demandante no ha probado lo que alega, pues *los testigos han depuesto a bulto sin la debida reflexión*; se basa en lo que los peritos han dicho pues le favorece, mientras que la demandante elude esta cuestión que le es contraria; realmente, desde lo que han dicho los peritos y lo que ha declarado los testigos viene a hacer una nueva relación de hechos que se aleja de lo que en los escritos iniciales hacía; y mientras que discute lo que han declarado los testigos contrarios, no rebate sus argumentos, limitándose a reposicionarse desde un nuevo ángulo fáctico. No contiene esta alegación ni una sola referencia a leyes, doctrina o costumbre.

Como tampoco aparecen en las alegaciones que hacen las partes en el arrendamiento que se discute entre el arrendatario y el arrendador; el actor arrendatario, desde su posición en la que le interesa ante todo conseguir que se le mantenga en la situación de posesión de las tierras, se limita a insistir en que ha poseído y labrado la tierra durante años sin que se le hubiese perturbado en esa posesión, y reconociendo su obligación de hacer el contrato, se allana a ello, pero anteponiendo a la demandada el hecho de que no ha existido desahucio anterior al desalojo de las tierras, como base legal para impedir que se le mantenga en el despojo. Pero la demandada por su parte insiste en el hecho de que sí hubo requerimiento de desahucio, aportando en este momento del resumen un testimonio de dicho requerimiento. Sin que la contraria haya mencionado la *tácita reconducción* como una base para que se le mantenga en el arrendamiento, esta parte, mejor asesorada jurídicamente, niega su existencia partiendo de que no hubo contrato, luego no cabe la *tácita reconducción*, alegando además inexistencia del título y mala fe en la contraria. En cuanto a la prueba, desprecia la de testigos y se apoya fundamentalmente en lo que el demandante tiene confesado y en los instrumentos aportados. Aunque este segundo escrito

alegatorio no contenga mención o referencia a leyes o jurisprudencia, mantiene una línea argumental más jurídica, dentro de lo que es la teoría arrendaticia del derecho privado.

En cuanto a la forma de expresarse en derecho que tenían los letrados en los alegatos de bien probado que están integrados en los pleitos, resulta evidentemente más sencilla que las alegaciones de LOS PORCONES. En primer lugar, las referencias doctrinales son escasísimas; supone este matiz que el desarrollo del discurso es mucho más fluido al no insertarse las opiniones de otros autores; igualmente es muy limitada la utilización de los brocardos y expresiones latinas, con lo que resulta menos difícil de comprender el lenguaje utilizado. Las únicas referencias que aparecen en este tipo de escritos procesales, y también de manera reducida, son a las leyes, en general y reales, a la Doctrina, sin mencionar el nombre de ningún autor, la costumbre, las presunciones y los principios generales del derecho.

En resumen, **la alegaciones de bien probado integradas en los pleitos** suponen una importante serie de documentos fundamentales por permitir seguir el razonamiento que haya podido seguir el juez para dictar sentencia, sentencia que por otra parte aparece en el mismo proceso permitiendo así conocer el resultado en función de lo alegado en la fase final del pleito. Por otra parte, son alegaciones que se resumen en la concreción de lo que se pide que se falle en la sentencia, a la que siguen una serie de razones en cascada, es decir, sin una línea argumental conductora, pero que hacen fácil su comprensión final, sin que las continuas referencias a los autores y a los antecedentes hagan del discurso un complicado fárrago de razones y supuestas contradicciones que hay que desmontar. Por el contrario, su débil contenido jurídico deja en descubierto la base argumental en la que se apoyan, tendiendo más a la concreción y reiteración de los hechos iniciales y al derecho sustantivo, que a la auténtica mecánica procesal.

CAPÍTULO XII.- EL MOMENTO DE LA DECISIÓN. LAS CONCLUSIONES Y LAS SENTENCIAS.

Una de las muchas aportaciones del proceso romano-canónico al proceso privado castellano sería la de complicar la fase final de los pleitos, el momento en el que se ha de tomar por parte del juez la decisión final para emitir su fallo, que se contiene en la sentencia. Mientras que en el sistema simplificado del proceso altomedieval, se pasaba directamente de las pruebas al acto de dictar sentencia por el juez, el derecho común elaboró un nuevo momento procesal consistente en un tiempo intermedio o término *ad concludendum*. Es en este tiempo, que comienza con la unión de las pruebas a los autos, cuando las partes pueden, que no están obligadas procesalmente a hacerlo, presentar sus resúmenes de prueba *para concludir*; es un tiempo impreciso e inconcreto, pues no solamente está destinado a esta actividad de las partes con la que se pretende concretar el resultado de las pruebas conforme a sus peticiones, sino que se permite a cualquiera de ellas que presenten documentos, siempre que se reunan los requisitos de desconocimiento o imposibilidad de presentarlos en su momento procesal, o pedir y practicar la confesión de su contraria. Pero una vez que ha pasado el tiempo que se abre para que las partes hagan sus alegatos de bien probado, o habiendo sido presentados éstos por ambas, se entiende que el devenir procesal ha concluido, es decir, *los autos están conclusos*, lo que supone que ha precluido el tiempo de hacer alegatos respecto a la prueba, pero no la posibilidad de presentar documentos o de pedir la confesión de alguna de las partes. Esta posibilidad finaliza realmente desde que el Juez acuerda la *citación para sentencia*, momento desde el cual ya no cabe más actividad que la del examen por parte del juez de todo lo actuado para decidir su fallo, pues el dictar sentencia requiere la terminación de la actuación procesal y, por consiguiente, la determinación de los actos procesales que serán el antecedente lógico jurídico (procesal y

material) de la sentencia del órgano judicial.⁵³ Desde el momento en que se produce la citación para sentencia, se excluye la posibilidad de hacer actos probatorios, y los alegatorios consecuentes. Se debe entender pues que, una vez que los autos son declarados conclusos, esta declaración implica que se tienen por hechas las alegaciones subsiguientes a la prueba o resúmenes de prueba, es decir, las partes han concluido. Pero una vez que el juez considera que *los autos se traen a la vista para dictar sentencia, con citación de las partes*, queda cerrada la posibilidad de cualquier acto de parte, ya sea probatorio o alegatorio pues se entiende que una vez que el juez toma su decisión de fallar, han precluido los tiempos procesales de las partes. Supone quizás la citación para sentencia la preclusión definitiva, pues si por la simple conclusión se les permite a las partes seguir probando, con carácter excepcional desde luego, se hacía necesario un momento definitivo para interrumpir esta posibilidad y cerrar así concluyentemente el curso procesal.

Pero aún queda una nueva interrupción en este tiempo. Cuando el juez pide que se traigan los autos a la vista para dictar sentencia, ha de proceder al examen de todo lo que se ha hecho y consta así en las actas judiciales, para conforme a lo que allí aparezca dictar su sentencia. Y en este momento puede considerar que alguna de las pruebas no está hecha o estándolo lo ha sido de manera insuficiente, por lo que puede acordar como *diligencias para mejor proveer*, hacer la prueba en cuestión, como que se interrogue de nuevo a un testigo, o hacer una vista de ojos con asesoramiento de un técnico. El juez actúa pues de oficio con la intención de averiguar la verdad y así poder dar su sentencia conociendo mejor los hechos y los argumentos *porque para él jamás concluye el pleito*,⁵⁴ quedando esta facultad del juez dentro de la esfera puramente

⁵³ ALMAGRO NOSETE Y OTROS. Ob. Cit. Pag. 527.

⁵⁴ TAPIA, Ob. Cit. Pag. 214.

discrecional, ya que la decisión de hacer nuevas pruebas o completar las que ya se han hecho, depende únicamente de su criterio, sin que venga obligado a ello, y sin que las partes puedan exigir que tome esta decisión. De esta actividad ya se habló al final del capítulo de las pruebas, pero conviene mencionarla precisamente en este momento, pues es cuando realmente surge la posibilidad de su práctica, dependiendo exclusivamente de la decisión personal del juez, por lo que las partes no pueden solicitar que así lo acuerde, ya que no depende de una petición, sino de una toma de conciencia del juzgador con la realidad material del proceso, y de una necesidad de completar o averiguar determinados datos o circunstancias sin los cuales su decisión no sería tomada con total conocimiento del fondo del asunto a resolver.

Una vez que estaba *concluso y cerrado* el período probatorio, el juez debía emitir su fallo sobre el litigio, que es el verdadero contenido de la **sentencia**, como acto final y definitivo del pleito.⁵⁵ La sentencia, con carácter general se perfila como un acto exclusivo del juez, que se ha de producir una vez que haya tenido el contacto intelectual suficiente con todo el material procesal, pues el proceso se decide por lo alegado y lo probado,⁵⁶ lo que implica un examen conjunto de las actas procesales para conocer lo que las partes han pretendido y lo que han conseguido probar. Y partiendo de este examen y conocimiento, el juez cuando da su sentencia no puede contradecir la naturaleza, las leyes y las buenas costumbres, y además su decisión ha de ser congruente con lo que en el pleito se ha pedido por las partes⁵⁷. La decisión del juez se debatiría en un primer momento de la evolución del proceso castellano entre el legalismo del derecho romano y el espiritualismo del derecho canónico; parece que desde el siglo XIV

⁵⁵ MARÍA PAZ ALONSO, Ob. Cit. Pag. 257.

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ LALINDE ABADÍA, Ob. Cit. Pag. 796.

predominó este criterio sobre aquél, desde el momento en que el juez debe sentenciar conforme a la verdad de los hechos, aunque en el proceso no se haya respetado estrictamente el orden del derecho e incluso contengan defectos las actuaciones. Pero el juez también está sujeto a la ley para dar su fallo. Este principio fue adquiriendo fuerza vinculante para los jueces, desde el momento en que la monarquía en su fortalecimiento y en el afianzarse el Absolutismo, necesitaba como un instrumento de su poder y control la sujeción al ordenamiento para la toma de decisiones de los jueces, de tal manera que a través de esta sujeción a la ley, los jueces estaban realmente sujetos al poder (**B. Gonzalez Alonso**). El movimiento Ilustrado pretende, como una garantía de imparcialidad, que los jueces al dictar sentencia se limiten a aplicar la ley, situándoles en cierta medida como la figura de jueces ejecutores del derecho (**Gonzalez Alonso**) más que como sus creadores.

Supone pues este momento final del pleito la situación en dos tiempos procesales: **la conclusión** o cierre de todo lo dicho y probado, momento desde el cual ya no se pueden aportar alegaciones resumidoras pero sí algunos medios probatorios excepcionales, y **la citación para sentencia** terminación definitiva de la actividad procesal de las partes, correspondiendo desde este momento únicamente al juez el acto final del pleito, que es la sentencia definitiva.

12.1. LA CONCLUSIÓN DE LOS AUTOS

La doctrina siempre tuvo la conclusión de las actuaciones como un hecho fundamental en el proceso: *concluir en los pleitos quiere decir que los litigantes renuncian a todas las pruebas y defensas que les competen, y que nada más quieren ni tienen que justificar en ellos, pues la conclusión es sustancial en el juicio, pídala o no las partes.*⁵⁸ Se parte de la realidad del

⁵⁸ TAPIA, Ob. Cit. Pag. 212.

desarrollo procesal en cuanto a que las partes han dicho y alegado en defensa de su derecho lo que han considerado necesario, y ya sólo les queda por decir al juez que nada más han de añadir, alegar o probar; y de ahí *exciten su jurisdicción para que interponga su juicio dando la sentencia que acabe el pleito*.⁵⁹ La necesidad de que el pleito esté concluso parece clara en la legislación real, pues para poder dar sentencia definitiva se entiende que el pleito tiene que haber terminado, pues si de la respuesta a las posiciones de las partes, el juez ve que puede dar su sentencia, lo ha de hacer así⁶⁰. Esta necesidad de concluir se explica por el mismo sentido de la conclusión, ya que si éste equivale a la imposibilidad de hacer nuevas pruebas, ha de producirse la realidad del hecho de la conclusión como una necesidad previa a la sentencia del juez.

Concluir en los pleitos quiere decir que los litigantes renuncian a todas las pruebas y defensas que les competen, y que nada más tienen que justificar en ellos. La conclusión es de sustancia del juicio, ya se pida o no por las partes; [...] por lo que siendo dos los que litigan y concluyendo la una, se ha el pleito por concluso legítimamente, y no se debe dar traslado de la conclusión a la otra, sino únicamente hacérsele saber, para que le conste ya que está concluso.⁶¹

La idea de la fundamentalidad de la conclusión, y consiguientemente la necesidad de que ésta se produzca, hace que no se deje a la libertad de petición de las partes el hecho procesal de concluir; si las partes no la piden ha de acordar el juez tener los autos por conclusos. Pero además del principio de sustancialidad procesal, la legislación real se movió en este campo por otros intereses, tales como la tendencia a evitar dilaciones en los pleitos y sus consecuencias. Indudablemente, la aplicación del principio de rogación de la justicia a este momento procesal, podía llevar a la inercia en la tramitación de un proceso: si la realidad es que están hechas las

⁵⁹ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pag. 180.

⁶⁰ N.R. 1.7.4. No.R. 1.9.11.

⁶¹ ÁLVAREZ, Ob. Cit. Pag. 243.

alegaciones de prueba, o ha transcurrido el término que se les dió a las partes para presentarlas, sería absurdo mantener la situación hasta que las partes insten del juez una declaración de conclusión para los autos, por lo que se entendió que correspondía al juez, como una facultad de lo que hoy se llamaría “impulso procesal”, tal declaración de conclusión. Este es el espíritu de la norma que se mantenía en la aplicación de los autores del XVIII; con la tendencia a abreviar los pleitos y a evitar las dilaciones, la ley manda que se tenga el pleito por concluso una vez que haya pasado el término de prueba o se haya hecho la publicación de las pruebas; y en el caso de que una parte pida la publicación de las pruebas y la otra parte no conteste una vez que se le haya dado traslado de la petición, *se declare que el pleito quede concluso*; además, la ley prevee, que si una de las partes presenta sus pruebas, y la contraria presenta petición de concluir, el pleito ha de quedar por concluso.⁶² La intención del legislador queda clara en cuanto a la urgencia que impone para que se produzca la conclusión en los pleitos, sin dejar al arbitrio de las partes la posibilidad de pedir o no tal declaración, ésta se ha de producir sin que dependa de peticiones de las partes. Recaerá tal situación una vez que se den los antecedentes procesales necesarios, como son que se hayan practicado las pruebas o el término para ello haya finalizado, sin que la inactividad procesal de los litigantes actúe negativamente en su consecución.⁶³ En el caso de que sean las partes interesadas las que solicitan la declaración procesal de conclusión, la petición debe ir firmada por letrado, *por ser cosa sustancial del pleito*.⁶⁴

Las consecuencias de la declaración procesal de conclusión son fundamentalmente dos.

⁶² N.R 10.6.4. No.R. 3.15.11.

⁶³ Hay que recordar lo que ya se vió par el momento de concluir las alegaciones iniciales, en el que las partes han de concluir para la sentencia de prueba. Lo que allí se dijo es aplicable a este momento, en cuanto a la limitación de los escritos de alegaciones s dos, y a partir de que se haya priducido este hecho, se habrá de tener el pleito por concluso. N.R. 4.16.2.(VER SUPRA 5.10)

⁶⁴ TAPIA, Ob. Cit. Pag. 215.

La **primera** afecta a las partes, en cuanto a que se les cierra la posibilidad de continuar proponiendo pruebas o haciendo alegaciones, *quedando las partes contenidas en los límites de un profundo silencio, que les cierra del todo la libertad de alegar o decir cosa alguna en el pleito*; y la **segunda** afecta directamente al juez, pues se deja el proceso en sus manos para que dé la sentencia, *pues el intervalo entre la [...] conclusión y la sentencia es privado del juez, y toca el desempeño de su obligación*.⁶⁵ Pero la limitación que les viene impuesta a las partes en cuanto a que les cierran las posibilidades de presentar nuevas pruebas tiene sus excepciones, en la ley y en la práctica. Pese al efecto limitativo de alegar y probar que tiene la conclusión se vino exceptando la posibilidad de que según que medios de prueba y que circunstancias, pudiesen ser presentadas o propuestas al juez después de haberse producido el hecho formal de la conclusión. Nace la forma legal de esta tendencia de una ley de **Las Partidas**. Prohibe la ley en cuestión recibir declaraciones de testigos una vez que hayan finalizado los plazos para probar, pero dado que los jueces deben conocer la verdad para fallar, sí se permite a los que litigan presentar carta o instrumento con el que probar su pretensión.⁶⁶ De esta norma parte el posterior desarrollo y la justificación para la admisión de escrituras fuera de los momentos procesales específicos para presentarlas; de la simple presentación de instrumentos cuando lleguen a poder o conocimiento de las partes, se evolucionó hacia la exigencia de determinadas formalidades y circunstancias para que los documentos pudiesen ser admitidos. Estos requisitos se pueden resumir en dos grupos:

- los que afectan a las circunstancias del propio documento, como son el que con anterioridad no pudo la parte que las aporta tenerlas en su poder, o bien que no conocía su existencia, o sabiendo de ellas, no pudo llegar a detentarlas.

⁶⁵ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit, pag. 180.

⁶⁶ P.P. 34.16.3.

- los de carácter formal, como es el hecho obligado del juramento de la parte que las presenta sobre que ignoraba su existencia, o bien conociéndola no pudo hacerse con la escritura para presentarla en el momento procesal reservado para ello.

La legislación real se ocupa de dar cuerpo normativo a estas exigencias fundamentalmente en las **Ordenanzas de Madrid de 1502**, aunque en la ley 4 del título 4 del Ordenamiento de Alcalá aparece regulada la cuestión en lo que afecta al demandado en el momento de presentar sus excepciones a la demanda. Por su aplicación extensiva y analógica es la ley que regula la presentación de documentos con la demanda la que nos dá la pauta fundamental a seguir en este problema. Al regular los requisitos de las demandas, dice esta ley que el actor ha de presentar las escrituras en las que funde su derecho con la misma demanda, y que si no las presenta en este momento no podrá utilizarlas después ni le serán admitidas, [...] *pero si después en la prosecución del pleito dijere y jurare, que halló nuevamente escrituras que cumple a la guarda de su derecho, y que antes no supo de ellas, o no las pudo haber, que con el juramento le sean recibidas.*⁶⁷ Partiendo de aquí hay que hacer precisiones a la cuestión. En primer lugar, estas normas se dirijen al momento concreto en el que los documentos se deben presentar por las partes, que son cuatro momentos procesales muy específicos, la presentación de la demanda, la contestación, el escrito de suplicación, y la impugnación a este recurso, que puede hacer la parte recurrida, sin que ninguno de ellos coincida con el momento procesal en el que estamos, es decir, la conclusión para sentencia, pero que indudablemente, y por extensión, está afectando al hecho de que después de hechas las pruebas, y antes de que el juez cite para sentencia, se puedan presentar documentos, lo que nos situaría en la fase de conclusiones. El

⁶⁷ N.R. 1.2.4. y No.R. 1.3.11. Para la contestación se regula en N.R. 2.5.4. y No.R. 3.7.11. Y en cuanto a la segunda instancia, se sigue el mismo criterio en las leyes 1,2,y3. 9.4 de la N.R. y 4,5,y6. 21.11. De No.R. con la única especificación de que el Juez deberá comprobar que no es fingido ni malicioso el juramento.

segundo aspecto a considerar sería el hecho de que si partimos de lo regulado en **Las Partidas**, la simple posibilidad de que se presenten nuevas escrituras se fue modificando en aras de una mayor garantía para evitar quizás abusos por la actitud de las partes, lo que supuso la intervención del poder real en la cuestión. Ahora bien, en la realidad las cosas no debían estar tan claras; basta para ello la opinión generalizada de la doctrina clásica que consideraba que no era necesario el juramento para el hecho de la presentación de documentos de forma extemporánea, así lo sostienen **Pareja, Paz y Covarrubias**; pero este sistema podía dar lugar a que los litigantes no presentasen las escrituras en su momento para sorprender con ellas a las partes casi al fin del proceso, *obligando a sufrir mayores dilaciones si las han de reconocer con la intención que les corresponda para redargüirlas de falsas [...] retardándose en la conclusión de la causa*.⁶⁸ Dentro siempre del límite de la probabilidad, habría que atribuir esta exigencia de juramento y de circunstancias específicas a la forma de desarrollar la práctica del foro un sistema encaminado a evitar los abusos de las partes en la aplicación de la ley de **Partidas** que permitía la presentación de escrituras, aún después de concluido el pleito, sin mediar mayores requisitos. Realmente en esta configuración de los requisitos formales exigidos en los documentos presentados fuera de tiempo influye tanto la doctrina como la práctica, siendo esta última el punto de referencia para algunos autores, al que añaden la idea de equidad para encontrar la justicia y la verdad.⁶⁹

En este periodo de la historia que nos interesa, la doctrina en general, y especialmente los prácticos del siglo XVIII, habían ido elaborando los principios y normas con las que regirse en la utilización de esta posibilidad, pues

⁶⁸ TAPIA, Ob. Cit. Pag. 215.

⁶⁹ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pag. 190.

Si por las leyes se permitió a los que litigaban hacer uso de los instrumentos para probar su intención en cualquiera parte del proceso hasta su conclusión, se coartó y limitó después por otras leyes posteriores a unos términos muy precisos, concluyendo todas con la disposición uniforme de no ser lícito presentar instrumentos después de la conclusión para definitiva.⁷⁰

Es pues la solemnidad “garantista” del juramento la que permite que determinados documentos se puedan presentar fuera de los momentos procesalmente previstos para ello; es la fórmula mágica que convierte en válidas las escrituras que no se han podido presentar en su momento por no conocerlos las partes o por estar dificultado su acceso; *ni el juramento ni la solemnidad indicada rompen el punto de la conclusión para definitiva, ni hacen lugar a que después de ella se admitan.*⁷¹ Lo que se pretende no es la inadmisión de los instrumentos que presentan las partes antes de la conclusión, sino de no recibir los que tenían en su poder y pudieron presentar en sus respectivos escritos de la demanda y contestación, reservándolos con engaño para no mostrar a la parte contraria las pruebas y fundamentos de su intención, y al utilizar los documentos cuando el pleito ha ido avanzando, se causa un perjuicio a las partes y al interés público.⁷² **En la práctica** se admitían documentos hasta el momento de la sentencia, aún habiéndose visto el pleito; si esto ocurre, se le debe dar traslado a la parte contraria de los instrumentos que han sido traídos al proceso, pues puede impugnarlos, pedir que se cotejen, y hacer cualquier observación sobre su contenido y validez; en este punto se le exige a la parte que jure no haber tenido noticias de su existencia hasta el momento, y que por lo tanto no existe malicia en su presentación ni lo hace para dilatar el pleito, *porque no hay riesgo de soborno,*

⁷⁰ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pag. 182.

⁷¹ CONDE DE LA CAÑADA, Ibidem.

⁷² Ibidem.

*perjurio ni otro fraude, como con los testigos, y se permite a efecto de aclarar la verdad y de que no perezca la justicia de la parte, [...] lo cual es corriente en la práctica y conforme a derecho.*⁷³

Si la parte contraria a la que presenta los documentos, se opone a ello porque considera que están viciados, se le debe dar un término para que pruebe sus alegaciones. Pero una vez que se han presentado las escrituras debe examinarlas el juez, y si de este examen considera que no sirven para demostrar o fundar lo que la parte pretende, puede acordar su unión a los autos, sin mayores efectos.⁷⁴ Con esta observación el juez se está reservando la valoración del documento o documentos en cuestión en el momento de dar la sentencia, pues se trata de que los documentos que se aportan a los pleitos después de la conclusión, han de contener la especial cualificación de probar la intención de quien los presenta de una manera convincente, de ahí que si el juez, una vez que examina el contenido de las escrituras, considera que no tienen ninguna influencia en el resultado de la contienda, puede de plano rechazar su incorporación a los autos, mientras que si considera que es definitivo el contenido de los documentos, debe admitirlos y darles traslado a las partes contrarias.⁷⁵

Pero no es la prueba de documentos la única que se puede admitir después de la conclusión, ya que hasta la citación para sentencia cualquiera de las partes puede pedir que la contraria absuelva las posiciones que le formulen, *porque la confesión no es propiamente prueba, sino relevación de ella*.⁷⁶ Se basa esta práctica en la realidad que supone el que el juez debe averiguar la verdad del juicio hasta el momento de tomar su decisión, y por lo tanto el juez

⁷³ TAPIA, Ob. Cit. Pag. 213. Remite el autor a disposiciones de leyes recopiladas que se refieren al momento de la contestación de la demanda y de la presentación de los documentos, sin que específicamente se mencione ninguna norma en la que se basa la doctrina para argumentar este requisito de solemnidad y juramento.

⁷⁴ TAPIA, Ob. Cit. Pag. 216.

⁷⁵ CONDE DE LA CAÑADA, 194 y ss.

⁷⁶ TAPIA, Ob. Cit. Pag. 214.

puede hacer la confesión hasta el momento de dar su sentencia, incluso a petición de cada una de las partes.⁷⁷ El amplio contenido que tiene en sí misma la confesión en juicio, y el gran valor probatorio que siempre le atribuyó la doctrina, aunque no así la práctica, hacía que se admitiese como válida la confesión después de la conclusión, no sólo para aclarar hechos dudosos, sino para probar “ex novo” circunstancias sobre las que, o bien no se había probado o bien aparecen con posterioridad a la conclusión.⁷⁸ La realidad es que para la doctrina la posibilidad de utilizar la confesión, como un medio de prueba, hasta la citación para la sentencia estaba generalmente admitida, justificando este hecho en la propia esencia procesal de esta prueba.

En cuanto a la **forma procesal** de esta actuación, puede ser pedida la conclusión por las partes una vez que se hayan aportado los escritos de resumen de prueba, o bien la acordará el juez de oficio. En la petición que se haga en este sentido, pedirán, además que se tenga el pleito por concluso, y que se señale día para la vista.⁷⁹ Aunque la petición puede estar incluida en el mismo escrito conclusivo, al que el juez ha de proveer, una vez vistos los autos, diciendo que los tiene por conclusos por ambas partes, y que una vez citadas, *se le traigan para su definitivo pronunciamiento*.⁸⁰ La citación para la vista, práctica habitual en todos los tribunales, no tiene apenas soporte normativo, sino que fue la costumbre de pedir que se cite para la vista del pleito, petición a la que siempre se accede por otra parte, y que supone la asistencia de los letrados de las partes para informar oralmente el juez,⁸¹ la que configuró esta actuación. **La vista**, acto procesal que adquirió calidad de tal por el mero uso, no supone en la realidad nada más que

⁷⁷ P.P. 2.12.3.

⁷⁸ GREGORIO LOPEZ, Glosa a la ley anterior.

⁷⁹ MARTINEZ SALAZAR, Ob. Cit. Pag. 188.

⁸⁰ JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pag. 44.

⁸¹ ORTIZ DE ZÚÑIGA, Ob. Cit. Pag. 56.

el hecho de poner en contacto al juez con la realidad procesal, es decir, los autos. Si las actuaciones permanecen en el oficio del escribano durante su trámite normal, cuando el juez ha de tomar alguna decisión de fondo sobre lo que se pide por las partes, no lo hará basándose en la dación de cuenta que le haga el escribano, (dación de cuenta que se reduce a las peticiones sobre las que se puede resolver sin ver los autos), sino que necesitará **ver**, o lo que es lo mismo estudiar lo que se ha dicho y hecho en el proceso. Es por lo tanto el acto de la vista una confirmación de la práctica que deriva de la distinta ubicación espacial del juez y del escribano respecto de las actuaciones procesales, lo que hacía que los autos se le llevasen al juez, a su vista para resolver; de ahí la expresión, casi cláusula de estilo, de todas las sentencias y autos, que comienzan diciendo “vistos los autos”, como una necesidad previa a la toma de decisión. En la legislación se menciona esta circunstancia de **ver los autos** como un requisito y una exigencia que se hacía a los jueces para que *viesen* por sí mismos los procesos, dada la generalizada práctica de fallar que tenían los jueces partiendo de las relaciones que hacían los escribanos.⁸² Aunque lo más frecuente era el hecho que la decisión de llevar los autos al juez sea tomada de oficio por el mismo juzgador, como en otras muchas circunstancias, la práctica derivó esta decisión y la convirtió en una petición de las partes al juez para que mandase que los autos le sean llevados. Así, en el pleito de tutela que se siguió ante el corregidor de Pedro Manrique, una vez que le es presentado el segundo escrito de alegaciones finales por la parte que en el pleito detenta la posición de demandada reconviniendo, el juez dicta un auto en el que dice que tiene *por concluso este expediente, y citadas las partes, se traiga*; a este auto sigue la notificación del

⁸² N.R. 17.17.2. y 6.9.4.

No. R. 3.16.11.

“Mandamos que los dichos jueces[...]vean por sí los procesos; mandamos que los jueces, para sentenciar los pleitos, vean los procesos por sus personas”

mismo citando a las partes para al vista.⁸³ Por el contrario, en el complejo asunto de obra nueva, que aunque sumario se complica y se extiende procesalmente, es uno de los demandados el que presenta una petición diciéndole al juez que *se ha de servir Vd. llamar a los autos y en su vista hacer y determinar como antes de ahora tengo pedido*; a esta petición recae un decreto por el que se acuerda llevar *los autos a su Merced para en su vista proveer en justicia*, y una vez que ha visto los autos, a la petición de que los llame, resuelve por otro auto en el que acuerda, una vez vistos, *tener por conclusa esta causa para definitiva, y mandó que citadas las partes para ella, se vuelva a su merced los autos*; a continuación sigue la notificación y la citación para definitiva.⁸⁴ Quizás en este caso es más evidente el “trajín” procesal de los autos, desde el oficio del escribano al juez, y del juez al oficio, para que vuelvan de nuevo el juez. Lo cierto y más destacado de este hecho del proceso, sería tener en cuenta que desde el momento en el que se permite a los abogados de las partes asistir al hecho de la vista que hace el juez de los autos, para así poder informarle de los aspectos que consideren importantes o dignos de ser aclarados, se está dando al hecho de ver los autos entidad procesal y carácter de publicidad. Este es el momento en el que las partes informaban en derecho a los jueces, y podían pedir que estos informes se hiciesen por escrito, que fueron los llamados *papeles en derecho* de los que se ha hablado al analizar los porcones. Lo que no se desprende de las actuaciones procesales, es el hecho de si la citación se hace de forma genérica o para un momento concreto; desde luego no aparece en las citaciones estudiadas que se fijase día y hora para la vista, de lo que se deduce claramente que la llamada se hacía de forma genérica para que se compareciese en la audiencia pública. Y es el hecho de la publicidad de la audiencia lo que puede hacer ver en esta práctica un residuo del

⁸³ CHAN. VALL. P.A. 3325-1.

⁸⁴ CHAN. VALL. P.A. 2791-2.

antiguo proceso oral, y sobre todo de la obligación que tenían los jueces de oír los pleitos para poder determinarlos. Así pues, lo que nace como una obligación derivada de la actividad de **oír los pleitos** que tenían los jueces para poder fallarlos, se instala en la práctica por la vía de los usos del foro, sin que se dé una regulación legal específica para este tipo de actuaciones, en las que desde luego se ve una clarísima primacía del principio de oralidad frente al de escritura, y cuya finalidad última estaba dirigida a que el juez tuviese un mejor conocimiento de lo que había en los autos, para lo que podía incluso preguntar a los abogados de las partes las dudas que tuviese. De este fin útil, se derivó hacia una obligación formal en el proceso, sin la que podían no ser válidas las sentencias dadas con ausencia de las partes en el acto de la vista. La trascendencia de esta situación procesal, está en que el trámite pasó a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

12.2. LAS SENTENCIAS Y AUTOS DEFINITIVOS.

Toda la actividad procesal que genera un pleito está indudablemente dirigida a un fin exclusivo y primordial, como es el que el juez finalmente debe dar una solución al problema que ante él se le ha planteado. El juez o el tribunal debe dar su decisión al conflicto que las personas privadas tienen sin resolver, pues éste es el fin al que está encaminado todo proceso privado. Desde el momento en el que con la demanda se inicia el proceso, se está pidiendo del juez una decisión para resolver un problema en el que las partes que intervienen, por no poder resolverlo en su propio ámbito, han de recurrir a un tercero para que resuelva lo que procede conforme al derecho. Esta decisión definitiva del problema, al proceder de un delegado regio, es decir, de una potestad, adquiere un valor que no tendría la decisión que se pudiese obtener de un tercer mediador, y es el fundamental carácter que reviste la resolución de un juez o tribunal, pues al

estar investido de **jurisdicción** actúa con la potestad que en él ha depositado el propio monarca, y por lo tanto sus decisiones tienen un valor que va más allá del simple acuerdo de voluntades privadas; las decisiones de los jueces, cuando actúan con plena jurisdicción, el llamado **mero y mixto imperio**, conllevan el matiz de decisión de poder, luego son órdenes que han de ser cumplidas pues tienen el valor de obligar a aquellos a los que se dirigen. Más aún, las sentencias y autos definitivos de los jueces y tribunales, si resuelven el problema de fondo, dan a su decisión el valor de **cosa juzgada**, o lo que es lo mismo la imposibilidad que sobre el mismo conflicto se pueda volver a plantear un litigio. Pero además del hecho fundamental de actuar los jueces mediante la jurisdicción para dar sus sentencias, no hay que olvidar otra circunstancia que tiene tanto o más valor, y que confiere a las decisiones finales de un pleito el carácter de solución del problema: el mero hecho de producirse las decisiones como resultado final de un pleito, hace que estén revestidas de procesalidad, es decir, son resoluciones que se toman en el marco de un proceso, después de haber seguido los pasos necesarios para crear en el ánimo del que tiene que fallar la convicción de cual ha de ser la solución del conflicto. Por lo tanto, al estar sujetas a los actos garantistas procesales, suponen la consecuencia lógica de todo lo que hasta ese momento se ha hecho y dicho en un pleito. No podría ser lo mismo una decisión de un juez sobre un problema o situación concreto, que recae de plano, que aquella que es tomada después de analizar los argumentos de las partes en contienda, teniendo en cuenta que estos argumentos se han desarrollado en los márgenes legales de un sistema que pretende evitar que las decisiones se tomen *inaudita parte* y a garantizar que los litigantes puedan alegar y probar lo que dicen en igualdad de condiciones.

Finalmente, no hay que olvidar que la solución de los conflictos privados en vía jurisdiccional pasa esencialmente por el hecho final de que el juez dé su decisión, decisión que

está recubierta del valor jurisdiccional que le confiere la potestad con la que actúa quien sentencia, y que esta decisión se produce dentro de los límites y las reglas del proceso.

Para analizar como se producían y en que consistían las decisiones finales de los pleitos privados, nos vamos a referir únicamente a *sentencias* como un método de simplificación del trabajo, pero en este análisis se incluyen también los autos definitivos, pues tienen el mismo valor procesal que las sentencias.

12.2.1. Qué es una sentencia. La etimología de la palabra procede del latín *sentio o sentiendo que equivale a decir lo que se piensa, lo que se juzga*.⁸⁵ como un acto de conocimiento y de voluntad del juzgador partiendo de una convicción interna o íntima. Para la doctrina este “sentimiento” se reducía a un plano exclusivamente “sentimental”, pues se valoraba la sentencia como una decisión del juez *por la que declara o decide según lo que siente*.⁸⁶ Pese a este criterio, la esencia de la sentencia no está en este sentimiento, sino en el *juicio* del que procede; juicio con valor de razonamiento lógico, de convicción procedente del conocimiento de lo que se ha probado en el curso del proceso y de la aplicación del derecho. Quizás por este matiz **Las Partidas** a la sentencia le llaman *juicio*, y tal juicio equivale a un *mandamiento* que el juez hace a alguna de las partes, en base al pleito que se ha seguido ante él.⁸⁷ Este carácter de mandamiento se matizó, posteriormente, y así los autores hablan en el siglo XVIII de *decisión*, pues en conjunto entienden que una sentencia es una *legítima decisión y determinación que hace el juez*

⁸⁵ DE BENITO FRAILE, La sentencia en el proceso civil ordinario castellano. Siglos XIII-XIX.

⁸⁶ TAPIA, Ob. Cit. Pag. 220.

⁸⁷ P.P. I.22.3.
JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pag. 310.

de la causa ante él controvertida.⁸⁸ Es por lo tanto esencial en las sentencias que contengan una decisión, que esta decisión la tome el juez, y que esté tomada en la causa que se solventa ante él. La doctrina práctica es también unánime en distinguir dos tipos fundamentales de sentencias: **las interlocutorias y las definitivas**. Una *sentencia interlocutoria*⁸⁹ se dirige a resolver incidencias surgidas a lo largo del pleito, pero que no atiende a la cuestión que en el fondo está planteada, todo lo más que puede pretenderse con este tipo de resolución es *dirigir y ordenar la serie del juicio*.⁹⁰ Se dan por lo tanto las sentencias interlocutorias en el curso del pleito entre su principio y fin sobre una cuestión incidental surgida, nunca sobre la demanda principal.⁹¹ Por el contrario, son *sentencias definitivas* las que son propiamente sentencias y son aquellas que se dan sobre el todo de la causa acabando el juicio del que procede.⁹² Suponen la decisión o determinación en función de todo lo que se ha alegado y justificado por los litigantes, que el juez pronuncia sobre el negocio principal y que impone el fin, con absolución o condena, a la controversia que ante el se suscitó.⁹³ Del carácter de incidentalidad deriva el hecho de que las sentencias interlocutorias pueden variarse antes de que se dicte la sentencia definitiva *por alguna razón derecha*, mientras que las sentencias definitivas no pueden ampliarse ni enmendarse una

⁸⁸ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pag. 121.
HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pag. 94.
ÁLVAREZ, Ob. Cit. Pag. 243.

⁸⁹ *Sentencia interlocutoria que quiere tanto decir como palabra o mandamiento de juzgador que hace sobre alguna duda que acaece en el pleito.* P.P. 2.22.3.

⁹⁰ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pag. 121.

⁹¹ TAPIA, Ob. Cit. Pag. 220.
ÁLVAREZ, Ob. Cit. Pag. 243.
JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pag. 310.

⁹² GÓMEZ NEGRO, Ibidem.

⁹³ ÁLVAREZ, Ob. Cit. Pag. 243.
TAPIA, Ob. Cit. Pag. 220.
P.P. 2. 22.3.

vez publicadas, ya que se entiende que terminó la jurisdicción que para el conocimiento y fallo del asunto le prorrogaron los litigantes por su sumisión voluntaria;⁹⁴ y además se podrán las incidentales pronunciar por escrito o de palabra.⁹⁵ Pero se dan algunos casos en los que las sentencias incidentales adquieren el mismo valor que una sentencia definitiva, aunque no se haya fallado sobre el fondo del asunto en litigio, pues se entiende que en ese asunto ya no puede dar otra sentencia el juez ya que *tiene fuerza de definitiva, porque surte el efecto de ésta, y pone fin a a quella instancia o incidente*.⁹⁶ Serían resoluciones en la que el juez toma una decisión que impide la continuación del juicio, tales como tener por desierto un recurso de apelación cuando el apelante no ha comparecido ante la Audiencia, o cuando el propio juez, de oficio, se declara incompetente. Y mientras que para dar sentencia definitiva en un pleito se precisa que medie la citación para ello, pues sino se hace así adolece de vicio de nulidad, en la sentencia interlocutoria no es necesario este requisito, teniendo validez por sí misma, excepto en los casos mencionados en los que sí tiene valor de definitiva, para los que sí se entiende necesaria la citación.⁹⁷

12.2.2. El examen de los autos que debe hacer el Juez Si el proceso se ha de decidir por lo alegado y lo probado,⁹⁸ es fácil entender desde una perspectiva actual, que para que se pueda conocer qué era lo que las partes habían dicho y probado, debería el juez antes de dar su decisión examinar directamente estos extremos, y para hacer este examen no podía prescindir del conocimiento directo de los autos, es decir, de las actuaciones procesales. A esta situación

⁹⁴ TAPIA, Ob. Cit. Pag. 221.

⁹⁵ JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pag. 310.
P.P. 2.22.3.

⁹⁶ TAPIA, Ob. Cit. Pag. 222.
P.P. Ibidem.

⁹⁷ TAPIA, Ob. Cit. Pag. 221.

⁹⁸ MARÍA PAZ ALONSO, Ob. Cit. Pag. 257.

hay que añadir la realidad de que los jueces no ejercían la inmediación y por lo tanto no estaban en contacto directo con el hecho de probar, pues encomendaban el examen de testigos y otros actos a los escribanos, ya fuese por delegación del oficio o por simple dejación de sus funciones jurisdiccionales. La relación juez-autos era prácticamente inexistente, sólo accedían a ellos en el momento de dar una resolución interlocutoria que requería saber por lo menos el debate procesal que se planteaba; en los demás casos, sus decisiones, procesales desde luego, se hacían formalmente mediante la cuenta que les daba el escribano de aquello que las partes planteaban en el curso procesal. Por toda esta situación es fácil entender que un juez no puede tomar la decisión final de un pleito si no ha estudiado y conocido cual es el contenido material de lo actuado procesalmente. Pero una cuestión que nos puede parecer tan obvia, no tenía su correspondencia con la realidad jurisdiccional del momento que se pretende conocer; los jueces en el siglo XVIII tendían a evitar este tan necesario estudio de los asuntos, y lo hacían amparándose en una práctica errónea que estaba afianzada en el uso de los tribunales. La cuestión debe ser analizada en dos planos jurisdiccionales distintos, en el ámbito de los tribunales, Consejo, Chancillerías y Audiencias, y en el de los jueces inferiores, Alcaldes y Corregidores. En primer lugar, los oidores de Chancillerías y Audiencias y los ministros del Consejo fallaban los asuntos sin haber examinado por ellos mismos los procesos; pero sí conocían su contenido y basaban este conocimiento en las relaciones que para este fin confeccionaban los relatores; eran estos documentos unos auténticos resúmenes procesales en los que se recogía todo el contenido del pleito, eliminando los pasos innecesarios a efectos de la decisión final, tales como notificaciones, citaciones y otros actos que no formaban parte auténtica del objeto litigioso; sí lo era el contenido de las peticiones, las alegaciones y las pruebas, así como las incidencias procesales surgidas a lo largo de la contienda (embargos, requerimientos, aseguramientos).

Teniendo en cuenta que estos oficiales reales estaban adscritos al tribunal, y que su función estaba dirigida a facilitar el conocimiento de las actuaciones procesales a los jueces, se puede entender la importancia de las relaciones que los relatores presentaban a los oidores, pues su contenido servía de base inmediata a la decisión final de los magistrados.⁹⁹ Dada la trascendencia de estos documentos procesales, se exigía para su validez que estuviesen sujetos a un cierto control por las partes en el proceso; para ello se les citaba antes de pasar la relación a los jueces, con el fin de que hiciesen sus comprobaciones en cuanto a que la relación estaba confeccionada de acuerdo con lo que las actas procesales contenían; si de este examen se desprende que existen falsedades o imprecisiones, habrá un segundo examen conjunto desde el que se podrán corregir los defectos de la relación, mientras que si las partes se manifestaban conformes, después de firmar junto al relator, daban plena validez a la relación.¹⁰⁰ Los relatores hacían sus relaciones inmediatamente después de la declaración de conclusos de los autos, en base a un decreto por el que se acordaba que pasasen los autos al relator; la práctica venía admitiendo que las relaciones se comprobasen a petición de las partes que lo solicitaban, y si así se acordaba por la Sala, era el propio relator el que señalaba día y hora para su comprobación y cotejo. En el Consejo, al menos, las relaciones, llamadas **memoriales** podían estar impresas para su mejor conocimiento.¹⁰¹

En cuanto al contenido de las relaciones que los relatores confeccionaban una vez finalizado el pleito, comenzaban por una exposición de los supuestos de hecho que equivalía a unos antecedentes fácticos, que aunque no estaban necesariamente numerados, si lo

⁹⁹ MARÍA PAZ ALONSO, Ob. Cit. Pag. 257.

¹⁰⁰ Ibidem, pag. 258.

¹⁰¹ ESCOLANO DE ARRIETA, Ob. Cit. Pag. 362.

suficientemente individualizados; y dado que estos hechos o antecedentes procedían del propio contenido de las alegaciones procesales, se hace constar el folio en el que se encuentran. Es curioso que comenzasen por la expresión *resulta*, lo que parece un antecedente de los *resultandos* que la Codificación exigió a las sentencias. Y en lo que era propiamente el contenido del pleito, es decir, al actividad procesal, haciendo también referencia a los folios del proceso, se resumían las peticiones y su contenido, y los pasos procesales (se libra emplazamiento, se notifica, se dá traslado) para finalizar diciendo que se hicieron las pruebas y se concluyó. Pero dada la trascendencia del hecho probatorio, las relaciones de las piezas de prueba se hacían por separado del pleito principal, y tenían una cierta estructura lógica, como los mismos resúmenes de prueba de las partes, ya que se enuncian los hechos que las partes habían intentado probar, para después concretarse en el resultado de la pruebas. En el pleito por caso de corte en el que una viuda reclama a los descendientes de su marido parte de los bienes gananciales, la demandante alega que su marido, a su muerte tenía créditos a su favor, y que los nietos se habían apoderado de los documentos que justificaban su existencia; a esta circunstancia, que el relator resume con el número 10, dice que los testigos han dicho que lo ignoran, y que por instrumentos, se halla una certificación con otorgamiento de escrituras de obligación a favor de marido de la demandante, una por importe de 1700 reales y otra por 300, procedentes de un pago por vino.¹⁰² Finalmente, hay que decir, como ya se ha hecho en otras ocasiones, que las relaciones que los relatores confeccionaban en los procesos eran documentos jurídicamente y procesalmente bien elaborados, y que los conocimientos en derecho que se exigían a los relatores para ejercer su oficio cumplían su finalidad.

Pero en la cuestión de las relaciones para dictar sentencia, no eran las que los relatores

¹⁰² CHAN. VALL. P.A. 3558-1.

confeccionaban en los tribunales superiores las que suponían un problema en la práctica. Ocurría que los usos forenses habían ido configurando el hecho de que los jueces inferiores encomendaban a sus escribanos que les hiciesen similares relaciones de los pleitos que ante ellos se habían seguido, con la finalidad de evitarse el costoso y penoso trabajo de estudiar ellos mismos todo el contenido de las actas procesales. Contra esta costumbre forense se habían ido levantando voces de protesta desde el siglo XVI a través de quejas en distintas Cortes, quejas que encontraron el apoyo real y dieron lugar a disposiciones recopiladas.¹⁰³ En el siglo XVII las cosas debieron seguirse haciendo igual, pese a la claridad de las normas, de acuerdo con lo que los autores escribían sobre la cuestión,¹⁰⁴ y la situación no debía haber cambiado mucho hasta el XVIII, pues los autores prácticos admiten que *se ha introducido en todos los tribunales de la Corte, y en algunos de otros pueblos, que se pida señalamiento de día para verlos [los autos] y se cite con él a las partes, como así mismo que los escribanos ordinarios hagan relación a presencia de los litigantes o de sus defensores, y que según los méritos del proceso, y calidad del negocio providencie el juez [...] determinándolos definitivamente.*¹⁰⁵ Se reconoce la obligación de la ley en cuanto a que los jueces deberán ver por sí mismos los procesos para dar su sentencia, pero también se admite que la práctica continúa haciendo que los escribanos de los juzgados inferiores hagan relaciones de los pleitos para que los jueces determinen su fallo en base a ellas, aunque consideran, que para fallar un asunto lo han de ver y determinar con mucha liberación y no luego que hubieron el proceso, porque se presume ser mal instructos de los

¹⁰³ *Los jueces no han de tener relatores, sino ver por sí los procesos; [...] los jueces para sentenciar los pleitos vean los procesos por sus personas, y no por relación de escribanos, y que cuando lo hubieren de hacer sea en presencia de las partes.* N.R. 17.17.2. y 6.9.4. No.R. 3.16.11.

¹⁰⁴ Ver MARÍA PAZ ALONSO, Ob. Cit. Pag. 259.

¹⁰⁵ TAPIA, Ob. Cit. Pag. 121.

*méritos de la causa, y así la sentencia es nula.*¹⁰⁶ Aparecen así en los manuales prácticos notas sobre la forma de actuar en estos casos, y es admitida la construmbre de que los escribanos hagan relaciones finales de los pleitos para facilitar la sentencia del juez:

El Escribano del Número, en el día señalado, pasa a hacer relación del pleito al Juez, para lo que debe formar memorial del mismo pleito.¹⁰⁷

Pero también hay que tener en cuenta otra realidad, como es que en ninguno de los procesos examinados han aparecido relaciones finales de escribanos, sin que se pueda descartar que estos documentos, aunque existían, no se unían al proceso, lo mismo que ocurría con los **porcones**, por no ser *consustanciales al pleito*, y en el caso concreto de las relaciones finales, estar prohibidas por la ley real.

Podía ocurrir que una vez examinados los autos, **el juez no letrado** dude sobre la determinación que debía tomar, dada su falta de conocimientos en derecho,¹⁰⁸ o bien porque las pruebas de las partes resultan igual de convincentes, en estos casos debe el juez aconsejarse de *letrados expertos, imparciales y de buena fama*, elegidos con aprobación de las partes,¹⁰⁹ y si estos letrados no resuelven sus dudas puede el juez remitir la causa a un juez superior para que dé su fallo, después de haber mandado confeccionar un traslado completo del pleito a presencia de las partes.¹¹⁰ Puede ocurrir que después que un juez inferior ha remitido una causa al superior para que éste la determine, él mismo dé su sentencia, sentencia que se entiende válida siempre

¹⁰⁶ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pag. 95.

¹⁰⁷ MARTINEZ SALAZAR, Ob. Cit. Pag. 188.

¹⁰⁸ JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pag. 311.

¹⁰⁹ TAPIA, Ob. Cit. Pag. 226.

¹¹⁰ P.P. 11.22.3. Esta ley confiere la facultad de resolver el pleito dudoso directamente el rey, pero la práctica hizo traslación a los jueces superiores de aquel que dudaba en su fallo.

que el superior al que se ha dirigido la petición de sentenciar no haya resuelto el asunto.¹¹¹ Estamos desde luego ante una situación típica de administración de Antiguo Régimen, en la que la jerarquización jurisdiccional se podía ver alterada con facilidad, justificada en este caso por la necesidad de obtener un fallo justo y garantizado por el acuerdo de las partes procesales, lo que casi se podría entender como una sumisión a la jurisdicción. Pero nada nos dicen las leyes ni los autores sobre la posibilidad de que las partes, cuanto menos una, no estuviesen conformes con el hecho de que su juez “natural” decidiese enviar el asunto para que fallase un juez distinto, pues desde luego la decisión de este envío era exclusiva del juez, sin que las partes pudiesen pedirla ni insinuarla, por lo que a los litigantes les cabían dos actitudes procesales, o admitirla o negarse a que se hiciese así. En cualquier caso, verían demorado la decisión del asunto, pues a la petición de no remisión podían negarse los jueces y aunque se recurriese, verían expedido el asunto a un juez o tribunal distinto, superior en jerarquía al que habría que suponerle mayor número de asuntos pendientes y por lo tanto nueva demora para determinar y resolver la cuestión. En resumen, cuando se actuaba en aras de un fallo más justo y de mayor calidad, se estaba sacrificando la celeridad de la decisión y añadiendo una nueva dilación a la determinación de la causa.

12.2.3. La formación de la sentencia en la convicción del juzgador. Una vez que los jueces examinaban lo que contenían los autos procesales, debían buscar la razón que asistía a cada litigante, y aplicando el derecho llegar a la convicción personal que sostenía cual era el fallo que se debía dar en cada caso. Para ello, debían los jueces permanecer aislados¹¹² y alejados de

¹¹¹ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pag. 95.

¹¹² MARÍA PAZ ALONSO, Ob. Cit. Pag. 259.

posibles influencias de las partes o terceros interesados, de manera que su decisión se pudiese considerar tomada con total libertad de conciencia. *Debe el buen corregidor tener secreto el auto, o sentencia o Acuerdo que piense dar o tomar en los negocios, ora por dádivas o por otras artes, no le perviertan o recusen, o intempestiva o frivola mnette apelen o dilaten la causa: y el juez que declare la sentencia antes de pronunciarla, incurre en pena de falso, y puede ser recusado.*¹¹³ En este momento en el que los jueces deciden cual de las partes está asistida de mejores razones y dan el fallo en consecuencia a esta idea, es fácil entender que se considere un momento cuasi sagrado en el que se movían sentimientos, lógica y conocimientos en derecho. Por ello se recomendaba siempre que los jueces, para juzgar, tuviesen en cuenta principalmente la verdad, sin pararse en detalles de forma o *sutilezas prescritas por derecho para el orden de enjuiciar*, de tal manera que estando los hechos justificados, aunque falten determinadas solemnidades del orden de los juicios, siempre que no sean fundamentales, *pueden y deben determinar el pleito conforme a la verdad que resulta probada según libelo o acción intentada.*¹¹⁴ No estamos aquí simplemente ante una opinión de la doctrina, pues en este problema la legislación real fue amplia y nada escueta. En primer lugar, **Las Partidas** nos dicen que *deben los juzgadores ser acuciosos en puñar de saber la verdad por cuantas maneras pudiesen; y cuando supieren la verdad, deben dar su juicio en la manera que entendieren que lo deben dar según derecho.*¹¹⁵ A esta contundente y significativa norma le siguió una ley dada en Alcalá en 1386 por la que se mandaba que estando hallada y probada la verdad de los hechos en el proceso, si se pudiera dar sentencia, los jueces tendrán que librar y determinar el asunto

¹¹³ CASTILLO DE BOVADILLA, Política de Corregidores [...], pag. 323.

¹¹⁴ TAPIA, Ob. Cit. Pag. 225.

¹¹⁵ P.P. 11.4.3.

y juzgar según la verdad que estuviese probada.¹¹⁶ Es claro que la intención última es encomendar a los jueces que den su sentencia ateniéndose a lo que realmente está dicho y probado en el juicio, pues se considera perjudicial el que los jueces se entretuviesen en valorar circunstancias formales y accesorias que les desviasen de lo que es fundamental en el momento de tomar su decisión, como era conocer la verdad sobre la que tenían que basarse. Pero lo jueces en el Antiguo Régimen en general, no lo tenían tan fácil, pues podían verse involucrados en diversas circunstancias que les hacían desviarse de la idea fundamental de encontrar la verdad en el pleito. Debe pues un juez buscar en primer lugar la verdad de los hechos, para así encontrar lo justo y equitativo,¹¹⁷ aunque esta búsqueda no siempre resulte fácil, pues además de lo intrincado que pueda resultar lo que las partes hayan dicho, cada juez puede hacer una interpretación y valoración distinta, pues aunque se tengan ideas generales sobre lo que es justo e injusto, se pueden encontrar confundidos cuando traten de aplicarlas a cada caso concreto, por lo tanto

aunque en muchos casos pueda el juez conocer a primera vista, o a lo menos sin fatigarse mucho, quien tiene o no razón en un litigio; sin embargo, una gran parte de las causas civiles es de tal naturaleza, que es preciso que el juez se quede perplejo, como en efecto suele quedarlo, para conocer cual de las partes tiene razón a su favor, y cual es la que carece de ella.¹¹⁸

Este conocimiento de cual de las partes litigantes tiene más o mejor razón, debe estar dirigido a la búsqueda de la verdad en el sentido de qué es lo realmente justo, y en consecuencia se encontrarían así con la decisión que deben tomar. Lo entendía así el señor **Conde de la**

¹¹⁶ N.R. 10.17.4. No.R. 2.16.11.

¹¹⁷ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pag. 196.

¹¹⁸ MURATORI, Defectos de la Jurisprudencia, pag. 17.

Cañada cuando decía que:

la verdad que deben buscar los jueces está reducida al *jus cujusque suum*; pues siendo el objeto y fin de la justicia que la obtenga la parte a quien corresponde, viene a ser ésto lo primero en la intención del juez, y lo último en la ejecución, sucediendo en aquella lo contrario, porque sirve de medio su conocimiento.¹¹⁹

Esta búsqueda de la verdad que deben hacer los jueces para llegar a la solución más justa, no sólo se puede ver dificultada por el propio contenido procesal, sino que la *ciencia legal*, resultaba confusa y llena de zonas oscuras en las que los límites de lo verdadero y lo falso, de lo justo y de lo injusto, estaban borrosos, de tal manera que podía resultar a un juez difícil saber en donde estaba la buscada verdad que llevaba a la justicia por la falta de luz necesaria para discernir lo verdadero de lo falso, *¡tan cierto es que, o por la diferencia de entendimientos, o por lo oculto y arcano de lo justo o injusto, está el mundo sujeto a la incertidumbre y variedad de los juicios!*.¹²⁰ La aplicación de los conocimientos en derecho a cada caso podía resultar complicado, no sólo por el propio sujeto juzgador, sino también para entender aquel al que se dirige la decisión, cual era la supuesta ley o doctrina en la que se había basado un juez para decidir, que derecho era el que se había tenido en cuenta en cada caso. Y es que la aplicación del derecho por los jueces en el medio judicial del sistema del Antiguo Régimen era complicado, porque el derecho era complejo en sí mismo; las múltiples elaboraciones doctrinales sobre supuestos concretos en aplicación de normas o de principios, había hecho que la variedad interpretativa fuese de tal complejidad que las dificultades en su aplicación debían sufrirla cotidianamente los profesionales del derecho; y en el caso de los jueces no se trataba de encontrar

¹¹⁹ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pag. 196.

¹²⁰ MURATORI, Ob. Cit. Pag. 19.

la norma o la doctrina más adecuada a una pretensión o idea concreta, como podía ocurrir con los letrados, sino que debían en todo caso encontrar la **aplicación más justa del derecho**, aquella que entrañase la verdad y buscase la justicia. Por ello los jueces debían *desnudarse enteramente de todo deseo, amor y odio, temor o esperanza, y no inclinarse a favor de alguna de las partes, hasta que las razones más fuertes de una de ellas le persuadan*.¹²¹ Así los jueces deben librarse de toda pasión o sentimiento que modifique su entendimiento, para poder juzgar según su exclusiva conciencia y su propio entendimiento. Sólo en esta situación podrá un juez aplicar los conocimientos técnicos que le permitirán encontrar los fundamentos en derecho de su sentencia, sólo así podrá conjugar las razones de las partes con el contenido de las leyes y el pensamiento de los autores, y una vez logrado este objetivo, habrá encontrado la solución más justa para aplicarla al conflicto surgido entre las partes en el proceso.

En cualquier caso, resulta difícil aplicar a la realidad cotidiana de la justicia estos argumentos teóricos y estos conceptos tan generales; es posible que los jueces se conformasen con encontrar un argumento más justificado que otros y basarse en esta justificación para decidir fallar a favor de la parte que mejor hubiese probado, pues lo que era una realidad incuestionable en el momento histórico que nos ocupa, era la gran confusión doctrinal por su hiperdesarrollado montaje, sin olvidar lo complicado que debía resultar en muchas ocasiones a jueces legos mantener la deseada independencia, tanto de la influencia de los interesados como de sus propios sentimientos.

12.2.4. Requisitos, estructura y forma de las sentencias Las sentencias, como todos los actos procesales estaban sujetas a unos requisitos materiales y formales que garantizaban su

¹²¹ Ibidem, 119.

valor dentro del proceso; pero además, al contener la decisión final de la contienda estaban revestidas de determinadas exigencias de solemnidad que hacían que estos documentos debiesen producirse rodeados de circunstancias específicas. Hay que tener en cuenta que las sentencias tomaban forma en dos momentos: si el juez había de tomar su decisión, es decir, establecer cual era el contenido material de una sentencia, esta decisión íntima del juzgador tenía que ser vertida al exterior, tomar la forma adecuada y hacerla saber a quien le interesase. Se puede observar en este asunto una cierta bifurcación entre contenido y forma, entre decisión y manifestación.¹²² Las sentencias eran fundamentalmente decisiones judiciales, pero también eran documentos procesales, y por lo tanto documentos públicos, sujetos a formas concretas. Si la invasión del Derecho Común en el mundo del proceso moderno, impuso definitivamente la escritura sobre la oralidad, se podían observar algunos momentos procesales en los que parecía emerger la necesidad de la palabra sobre los escritos; las sentencias debían escribirse, *debe el juez hacerlas escribir en los autos*,¹²³ y leerla el mismo públicamente. Se conjugan así dos exigencias que van unidas en la forma de tomar realidad las sentencias, la documentación y su conocimiento público. Si toda resolución procesal recaída en un pleito debía ser notificada a las partes, y constar la notificación en las mismas actuaciones, en las sentencias y autos definitivos, cabe observar el residuo del pasado, se exigía para su validez que el juez la promulgase, es decir, leyese públicamente, constituido en audiencia pública, su propia decisión; con ello se da a estas decisiones judiciales un matiz de **publicidad** que trasciende más allá del marco propio de las actas judiciales. Pero el hecho de que por la práctica se hubiese ido imponiendo también la notificación de la sentencia a las partes, como una garantía del tiempo del que disponían para

¹²² Sobre las sentencias, sus requisitos y su producción es muy completa la obra de ROLDÁN VERDEJO, "Los jueces de la monarquía absoluta", pags. 308 y ss.

¹²³ P.P. 6.22.3.

formular sus recursos, hizo que esta lectura por el juez se fuese quedando sin contenido, y aunque las leyes así lo exigían, las sentencias no eran leídas públicamente por los jueces, sin que esta circunstancia pareciese escandalizar a nadie; posiblemente la lectura, en los casos en los que se produjese, la hacía el propio escribano.¹²⁴

En cuanto el hecho mismo de la **documentación** se hacía de manera diferente si era un juez unipersonal el que dictaba el fallo, o era un tribunal colegiado el que decidía la sentencia. En el lenguaje coloquial procesal actual aún permanece la expresión “dictar sentencia” como algo que pertenece a una realidad ya superada. Se dictaba la sentencia por el juez al escribano y éste la documentaba, es decir la escribía materialmente en los autos. Según si la decisión final revisitase la forma de auto definitivo o de sentencia, el documento se confeccionaba en tercera o en primera persona; en los **autos definitivos**, extiende la resolución el escribano, diciendo como el juez la ha dado y en que términos y firmando el propio escribano la narración y el juez a continuación.¹²⁵ Se utilizaba la fórmula “por ante mí el escribano, Su Merced, dijo, que debía de mandar y mandaba [...]”, mientras que en las **sentencias** propiamente dichas era el juez, a través de la documentación que hacía el escribano, el que decía que “vistos los anteriores autos, debo de fallar y fallo [...]”. Esta era también la redacción que los escribanos daban a las sentencias que se dictaban en las Chancillerías y en las Audiencias, aunque la redacción en estos tribunales tenían sus peculiaridades respecto a los jueces unipersonales; aquí, una vez votado y decidido el fallo, los oidores debían llamar a los escribanos al terminar el Acuerdo

y secretamente les manden escribir ante ellos los puntos y el efecto de las sentencias que han de dar, y por allí se ordenen y escriban en limpio y se firmen antes que se pronuncien, o al menos cuando

¹²⁴ TAPIA, Ob. Cit. Pag. 223.

¹²⁵ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pag. 123.

se hubieren de pronunciar vengan escritas en limpio y se firmen por todos los que fuesen en el acuerdo de ellas... por manera que, a lo menos, en los negocios árdulos no se pronuncie la sentencia hasta que sea acordada y escrita en limpio.¹²⁶

Esta era la norma; en la práctica, la escritura de las sentencias por los oidores se hacía muy irregularmente,¹²⁷ y la realidad al finalizar la época moderna era que las sentencias se hacían escribir siempre por los Corregidores y Alcaldes, pero en algunos casos, en Chancillería, aparecen resoluciones de recursos con una simple nota de “visto, se confirma”, pudiéndose hacer escribir a continuación, pero con una simplificación acusada en cuanto a lo que la ley disponía para la forma de redactarse las sentencias dadas por oidores y alcaldes. Como norma general se debía tener en cuenta lo que disponían **Las Partidas**, cuando mandaban que las sentencias estuviesen escritas con buenas palabras que se entendiesen bien sin duda alguna,¹²⁸ lo que se debía valorar como una exigencia de claridad, teniendo en cuenta que una de las finalidades de una sentencia era dar a conocer una decisión sobre una cuestión que afectaba a aquellos a los que iba dirigida. De las formas de expresión en las sentencias, los jueces y oidores del siglo XVIII lo hacían de forma correcta y escueta, sus expresiones eran en gran medida cláusulas de estilo, *vistos los autos, debo de condenar y condeno, debemos de revocar y revocamos*, unido a la circunstancia que después se analizará de la falta de motivación de las sentencias en Castilla, hacía de su lenguaje una forma expresiva sencilla y poco compleja, que desde luego era completamente opuesta a las formas y maneras expresivas de los letrados en sus actuaciones procesales. Se puede decir que había en la expresión del lenguaje de las sentencias un sencillo

¹²⁶ N.R. 41.5.2.

¹²⁷ ROLDÁN VERDEJO, Ob. Cit. Pags 312

¹²⁸ P.P. 5.22.3.

mensaje de poder, cuya trascendencia no dependía de su complejidad o claridad, sino de la utilización de la potestad jurisdiccional de los jueces.

La cuestión de la escritura, lectura y pronunciamiento de las sentencias, estuvo presente en toda la Edad Moderna, pero ya a su final la práctica estaba suficientemente establecida sin que las normas reales entrasen en las exigencias de su forma de redactarse o de escribirse, admitiéndose la lectura de la misma por los escribanos dentro del hacer forense, o incluso su ausencia, pues según la práctica de los juzgados y de la Corte,

se expresa al principio de la sentencia el nombre del juez, quien la firma conjuntamente con el escribano; pero al contrario en muchos de fuera no se estila expresar en ella quien la dá, y por eso el escribano la lee en su audiencia ante testigos, y pone a su continuación el pronunciamiento, diciendo en él quien la dió, y en que día y los firma.¹²⁹

La sentencia dada con todas las solemnidades, se entiende y se presume válida, por lo que, además de estar correctamente escrita, firmada y promulgada, en sus casos, debe estar dada por quien tiene jurisdicción para resolver la cuestión, que se ha de entender como el juez de la causa, pues no vale la que está dada por quien no puede ser juez o no tiene poder para darla,¹³⁰ así que la sentencia deberá contener el nombre y la condición con la que actúa el juzgador, es decir, si es juez ordinario o delegado; pues resultaría nula la sentencia dada por juez que no tiene jurisdicción o es incompetente, ya sea por razón de la materia, del lugar o de las personas.¹³¹ En el caso de que se haya dado con **asesor**, se hará constar esta circunstancia. Pero además el juez

¹²⁹ TAPIA, Ob. Cit. Pag. 223.

¹³⁰ P.P. 12..22.3.
JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit, pag. 311.

¹³¹ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pag. 124.

deberá dar la sentencia en lugar y momento adecuado; para esta exigencia formal no hay que olvidar que se está hablando del momento y el sitio en el que el juez hace pública la decisión, y por lo tanto, para la práctica más consolidada de no leer el juez públicamente sus sentencias, este requisito queda vacío de contenido. Pese a ello hay que saber que las sentencias se deben dar de día y no de noche, y en tiempo hábil para juzgar, en lugar adecuado, lo que se entiende como que no se pueden dar sentencias en lugares no convenientes, como tabernas y otros sitios públicos, y se recomienda que se haga en el lugar en que habitualmente el juez actúa, pero nunca fuera del territorio para el que es competente. Y desde el punto de vista procesal, es requisito imprescindible que la sentencia haya sido dada con citación previa de las partes para que su validez se presuma, además de no contener defectos ni errores en su redacción.¹³²

En cuanto a la estructura formal de sentencias y autos definitivos, dado que eran formas expresivas escuetas, estaba sumamente simplificadas; quizás debido a esta simplificación expresiva, mantenían todo este tipo de resoluciones un esquema de contenido que se repetía y mantenía, de tal manera que a finales de la época moderna se puede hablar con toda seguridad de un **estereotipo** en la forma de darse las resoluciones finales de los pleitos. Claramente la sentencia se dividían en tres partes diferenciadas: encabezamiento, cuerpo y fallo.

- **el encabezamiento** de los documentos estaba muy señaladamente separado del resto de la resolución, hasta el punto de que en las sentencias de los Tribunales superiores formaba un cuerpo de escritura, al comienzo y centrado, que no se integraba directamente en el texto que le seguía. En esta zona de las sentencias se hacía referencia a los datos que identificaban el pleito, con expresión de las partes, a su lugar de residencia y la representación procesal; datos que se

¹³² JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pag. 311.

TAPIA, Ob. Cit. Pag. 224.

HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pags. 98 y 99.

hacían constar por obligación legal, ya que los escribanos deberían incluir en la cabecera de autos y sentencias los nombres de las partes y sus procuradores.¹³³ En algunos casos también se incluía el objeto del litigio: *en el pleito y causa que ante mi, o nos, pende y ha pendido, entre partes, de la una [...] sobre la denuncia de la obra nueva ejecutada., o sobre pertencia de una parte de molino harinero [...]*. Esta mención al objeto del pleito era menos frecuente en las decisiones de Chancillería que en las sentencias de jueces unipersonales, aunque en el auto definitivo que da un alcalde ordinario en juicio de desahucio, se omite esta parte de la sentencia. Es también en este momento en el que debe aparecer la referencia a la participación de Asesor en la decisión que toma el juez, cuando se haya producido su intervención, y la sentencia se haya decidido con su acuerdo.

-**el cuerpo** se entiende como la parte central de las sentencias, en la que se debe contener la premisa en la que el juez basa su decisión. Pero dado que las resoluciones definitivas no estaban motivadas, es decir, no contenían la argumentación jurídica utilizada por el juez para llegar a su fallo, no tienen las sentencias dadas por los jueces del Antiguo Régimen verdaderos razonamientos jurídicos; únicamente se pueden encontrar argumentos que dan al juez pie para dar su fallo, sin que supongan un verdadero silogismo con hechos que se consideran probados, y la aplicación que del derecho se hace a los mismos. Se resolvía este momento, comenzando por la fórmula o cláusula de estilo *vistos lo autos [...] y atentos a los méritos del proceso que en lo necesario me refiero*, con una breve y general referencia a los resultados del pleito, normalmente a lo que se había probado por las partes. Así, se decía que *se había probado en bastante forma cuanto le ha convenido, lo que no ha hecho la contraria*, o bien, *probó bien y cumplidamente su intención, declarándola por bien probada, y que [...] no probó sus*

¹³³ N.R. 7 y 8. 20.2.
No.R. 4.16.11.

excepciones y defensas; a veces el argumento aparecía más definido y concreto, menos générico, como cuando el alcalde ordinario en pleito de desahucio, dice con la ayuda del asesor, que atento a estar verificado, y confesándolo el mandatario de Bernardo Alaiza, hallándose en la actual posesión de labrar las tierras de su Mayorazgo , Antonio Bachiller [...] en fuerza de arriendo verbal del poseedor de dicho mayorazgo, y que no aparece al presente causa legítima para que se le intentase despojar de ella, pues no puede ni debe el mandatario por sí labraralas, por exceder de las facultades del mandato para que por sí las arriende. Tanta explicación no era normal encontrarla en esta zona de las decisiones judiciales, en que la cuestión de la base argumental se resolvía de una manera mucho más inconcreta y general.

-el fallo, en el que se contiene la auténtica decisión del conflicto, parte de lo anterior y suele comenzar con fórmulas de estilo, tales como *debo de condenar y condeno, debo de declarar y declaro, debemos de revocar y revocamos*, y en el caso de que la decisión revista la forma de auto definitivo, al estar dado el mensaje en tercera persona, se dice que el juez *manda, declara o condena*. La fórmula “debo de hacer y hago”, supone un acto de conocimiento y un acto de voluntad; conozco, sé que la cuestión se resuelve de determinada manera, luego en consecuencia, actuando desde este conocimiento, está obligado el juez (deber de) a decidir, y partiendo de lo que sabe y de obligación en el ejercicio jurisdiccional, hace: condena, declara, revoca. Es como si existiese una intención de aislar, de apartar al hombre, a la persona que decide, para una vez revestido de su oficio de juzgar y ordenar, toma la decisión que se le está pidiendo como una consecuencia derivada de su obligación como juzgador, para finalmente, como tal oficio, y utilizando el poder que conlleva, mandar que se haga lo que él ha decidido. Una vez iniciada, mediante la fórmula en uso, la decisión, el verdadero contenido de la misma se establecía también como una obligación para las partes, al suponer intrínsecamente las

sentencias una orden a cumplir. Se manda que se mantenga en la posesión del laboreo de dichas tierras [...] y que no sea inquietado en ella; se condena a que en manera alguna no impida la continuación de la obra; se declara que el precitado molino sobre el que se ha suscitado este pleito toca y pertenece a [...] en cuya posesión le debo matener y amparar, sin que en ella se le inquiete ni perturbe persona alguna. El pronunciamiento principal de la sentencia no solía ser más explícito ni más extenso, aunque en ocasiones, según las incidencias y peticiones surgidas y acumuladas durante el pleito, el juez se extendía a varios aspectos contenciosos en su fallo, tales como, en primer lugar declarar que [...] no tiene lugar a ser tutora y curadora de dicha menora, y en atención a la mala versación, que la misma confiesa en su declaración, folio setenta, [...] en el que expresa recibió de la herencia de D. Pedro Saez [...] diferentes bienes raíces que vendió de su libre y espontánea voluntad, y por lo mismo de no haberse comprendido en el insolemne inventario [...] como por él se demuestra que se comprende la falta de justificación en asunto tan encargado por Leyes Reales; y para subsanar esta ausencia de inventario, manda el juez librar despachos para que se hagan inventarios de todos los bienes de la demandante y de los que quedaron con motivo de otra herencia. Contiene además la sentencia otro pronunciamiento, declarando que la demandada *perdió la tutela y curaduría de dicha su hija, por el tránsito a segundo matrimonio*, y como consecuencia de todo lo anterior, nombra tutor interinamente. El hecho de que una sentencia contenga en su fallo más de una decisión, sin lugar a dudas debe provenir del hecho procesal de que en el pletio hayan concurrido más de una petición, bien porque la demandante pedía en su demanda más de una declaración, o que ésta recaiga sobre distintos hechos, o bien debido a que la demandada haya formulado demanda reconventional en el momento de contestar a la demanda principal; en estos casos pueden las sentencias pronunciarse sobre más de una petición.

Pero además, las sentencias podían contener otro tipo de pronunciamientos, que no afectaban al fondo de la cuestión litigiosa planteada entre las partes, pero que resultaban consecuencia del propio proceso. Tal era la expresa condena en costas cuando se producían, o la mención a que no había lugar a imponer las costas a ninguno de los litigantes, debiendo pagar cada uno las suyas, y las que fuesen comunes, por mitad.

La condena en costas, parecía en principio tendente al criterio del vencimiento objetivo, es decir, aquel que sea vencido en juicio ha de pagar las costas al litigante contrario, partiendo de la idea de que toda persona que inicie un juicio contra otra, deberá probar sus pretensiones, y si no puede hacerlo así, lo que supondrá que su demanda sea desestimada por el juez, deberá pagar todas las costas que le hubiese causado al demandado.¹³⁴ Se parte de la idea de maliciosidad en el momento de poner la demanda, y como consecuencia de la intencionalidad perjudicial, habrá el litigante malicioso y temerario costear los gastos procesales que genere en la parte a la que demanda. Sin embargo, a esta norma general se le admite una excepción, como es la buena fe en la actuación del vencido o la ausencia de malicia, pues por el hecho de demandar y no poder probar la intención, no hay que presumir siempre malicia, ya que el juez debe valorar cual ha sido la intención de la parte vencida, y por que ha actuado en el pleito, para en los casos en los que pueda apreciar una recta intención procesal, eximir del pago de las costas a aquel que no ha podido hacer prosperar su acción.¹³⁵ En cualquier caso, la posterior legislación real en esta materia, referida a las costas causadas en las alzas, volvía al principio de vencimiento objetivo puro, ya que debían ser impuestas las costas al apelante, cuando la sentencia fuese confirmada, mientras que si la sentencia fuese *mejorada* no supondría condena

¹³⁴ P.P. 29.2.3.

¹³⁵ P.P. 8.22.3.

en costas para ninguna de las partes.¹³⁶ Es pues el litigante temerario, que actúa sin justa causa para litigar, el que ha de ser condenado a pagar las costas que causó a su adversario en el pleito, quedando excluidos los litigantes que hubiesen hecho juramento de calumnia antes de poner la demanda o contestación, o aquellos de los que se puede presumir la ausencia de malicia en el litigio,¹³⁷ actitud que deberá justificar con dos testigos al menos.¹³⁸ En cualquier caso, se dejaba al arbitrio judicial la condena o no en costas, e incluso la porción de las mismas que cada parte debía pagar. En la sentencia de primera instancia que resuelve un pleito de evicción y saneamiento por la compra de unas tierras, el juez condena a pagar dos tercios de las costas a los demandados, y un tercio al demandante; la demanda se estimó en cuanto al fondo, pero no se condenó a las personas indefinidas que aparecían como terceros ocupantes; quizás por ello, se hizo un reparto proporcional de los gastos del proceso.¹³⁹

Se podían incluir también en el fallo de las sentencias menciones a las posibles penas por incumplimiento de la orden que contenía la sentencia; estas penas, cuyo origen es el propio proceso sin que impliquen condena específica, se acordaban *a disposición de los señores de la Chancillería* para el supuesto de que no se cumpliese lo que en la sentencia se contenía.

Sujetas muy fuertemente a fórmulas establecidas y a cláusulas de estilo, las sentencias terminaban invariablemente con expresiones tales como *así por esta mi sentencia definitivamente juzgando, [...] así lo pronuncio, mando y firmo*.¹⁴⁰ Se cerraba así la sentencia,

¹³⁶ N.R. 7.17.4. No la recoge la No.R.
N.R. 1.22.4. No la recoge la No. R.

¹³⁷ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pag. 96.

¹³⁸ TAPIA, Ob. Cit. Pag. 227.

¹³⁹ CHA. VALLA. P.A. 3782-4.

¹⁴⁰ En el lenguaje actual de jueces y tribunales, se encuentran con frecuencia el uso de cláusulas de estilo que pertenecen al pasado, pero pocas se utilizan con la misma exactitud que las se contienen en las

a cuyo final se estampaba la firma del juez que la daba. En cuanto a la datación de las sentencias, no siempre se hacía constar la fecha a finalizar la misma, y cuando esto se hacía, no aparece la promulgación como tal acto procesal, simplemente se dice en el día que firma Su Merced, y a continuación se notifica a las partes. Por el contrario, al no hacerse constar la fecha en la propia sentencia, esta se ha de deducir de la promulgación que la sigue en la que se dice que *dada y pronunciada fue la precedente sentencia por el Sr. Licenciado Don Antonio Valero, Abogado de los Reales Consejos, Gobernador y Justicia mayor y ordinaria de esta villa y tierra de Pedro Manrique, a veintisiete de septiembre año de mil setecientos setenta y tres*; siguen los nombres de tres testigos y la fe y firma del escribano. En estos casos en los que aparece **el pronunciamiento o promulgación** de la sentencia, también está inmediatamente la notificación a las partes o a sus procuradores. La práctica consideraba, pues la legislación así lo disponía expresamente,¹⁴¹ que las sentencias debían ser notificadas a todas las partes en el proceso, personalmente o por sus procuradores, entregándoles copia íntegra de la misma, con el fin de que puedan apelar de ella si lo consideran oportuno; no se debe admitir que los procuradores digan que se entienda con las partes personalmente la notificación, pues lo vienen haciendo así para demorar y conseguir mayor beneficio, mientras que por su propio mandato están autorizados para recibir todas la notificaciones, incluso la de la sentencia.¹⁴²

La lectura de la sentencia, como ya se ha dicho debía hacerla el juez como una solemnidad inherente a la propia resolución y un medio de publicidad, *desde la primera hasta la última línea*, pero estaba admitido por la práctica que fuesen los escribanos los que hiciesen

sentencias.

¹⁴¹ N.R. 7 y 8. 20.2.
No.R. 4.16.11.

¹⁴² TAPIA, Ob. Cit. Pag. 229.

esta publicación, material y formalmente.¹⁴³ La necesidad o la exigencia de que al acto de la promulgación asistan testigos, tiene la finalidad de evitar posibles recusaciones después de que la sentencia se haya dado, pues si esta está sólo firmada por el escribano, se puede sospechar de él y así prosperar una recusación extemporánea.¹⁴⁴

Surge así la cuestión de la fecha en la que los jueces debían dar sus sentencias. Desde el momento en que se ha celebrado la vista, o desde la conclusión de los autos, el juez tiene un tiempo para estudiar el asunto y dar su fallo, tiempo que le viene tasado por la ley, desde *que fueren las razones cerradas en el pleito para dar sentencia*. Se le dá de plazo al juez **seis** días para el caso de que la sentencia que tuviese que dar sea **interlocutoria**, y **veinte** días para las sentencias definitivas.¹⁴⁵ Pero esta simple norma, que procede del Ordenamiento de Alcalá, encontraba complicaciones dentro del marasmo legislativo; existen disposiciones posteriores, del reinado de los Reyes Católicos y de Carlos I, a consecuencia de diversas vistas, en las que, además de intentar controlar y limitar las informaciones en derecho de las partes, se establece que para los casos en los que los jueces las autoricen, tendrán los oidores el tiempo de **tres meses** para dar su sentencia una vez que las partes hayan presentado sus correspondientes informaciones en derecho, para las que a su vez disponen de **un mes** desde el momento de la vista.¹⁴⁶ Si se cumplían o no los plazos de la ley para que los jueces diesen sus sentencias, no está muy claro, aunque la ley que se ha mencionado del Ordenamiento de Alcalá, que aparece

¹⁴³ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pag. 123.
JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pag. 48.

¹⁴⁴ Ibidem; menciona el autor que en algunos juzgados no hay estilo de poner testigos en estas diligencias.

¹⁴⁵ N.R. 1.17.4.
No.R. 1.16.11.

¹⁴⁶ N.R. 29.5.2.
HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pag. 94.

recopilada, incluía en su dispositivo penas pecuniarias previsitadas para ser reclamadas por las partes a los jueces que incumplían estos plazos. En los pleitos estudiados, cuando el litigio se ha seguido ante jueces unipersonales, parece que se cumplen los plazos para dictar sentencia de una forma más razonable, aunque el tiempo que tardan los jueces en dar sus sentencias oscila desde los escasos días desde la conclusión de los autos, hasta los tres meses. Pero ante estos jueces no se producían quejas de las partes exigiendo que se dictase sentencia, como sí ocurría en Chancillería, en donde alguna de las partes presentaba pedimentos solicitando, que dado el tiempo en el que los autos estaban conlusos, se señalase pronto para la vista, aunque también es cierto que estas demoras de tribunales, se resolvían con prontitud, y una vez que se señalaba la vista para días inmediatos, la sentencia se daba en el mismo día. **Roldán Verdejo** hace referencia al incumplimiento de los plazos para dictar sentencia definitiva, pues pese a la pena que estaba prevista para aquellos jueces que no lo hiciesen, el sistema no funcionaba, ya que la imposición de esta multa debía acordarse a instancia de la parte que se considerase perjudicada por la dilación en la resolución del pleito, y no era frecuente que un litigante que tenía pendiente su asunto ante un juez pusiese en marcha un mecanismo para imponerle una sanción económica, que lógicamente haría que ese juez al fallar no estuviese en muy buena disposición con aquella parte que le había generado tal gasto.¹⁴⁷ Las irregularidades en los plazos para dictar sentencia se debían producir sin duda alguna, pues las dilaciones formaban parte del sistema, en distinta medida según el nivel jurisdiccional, pero existían; no sólo transmiten esta realidad las normas que se basan en visitas para exigir de los jueces que den pronto sus fallos, lo mismo que las quejas de los procuradores,¹⁴⁸ sino que la doctrina mantenía una cierta asunción de la situación

¹⁴⁷ ROLDÁN VERDEJO, Ob. Cit. Pag. 311 y ss.

¹⁴⁸ ROLDÁN VERDEJO se refiere a las quejas en este sentido formuladas por los Procuradores en las Cortes de Toledo de 1462, y aunque para el periodo histórico que nos interesa estas iniciativas no se producían,

basándola en el hecho de la innegable necesidad de que los jueces estudiaran bien sus sentencias, y que en algunos casos el tiempo que la ley les da para cumplir con esta obligación fundamental dentro del proceso no es suficiente para poder conocer todos los elementos procesales y estudiarlos correctamente, por lo que la precipitación en dar su fallo puede ir en detrimento de la buena decisión: se busca la calidad frente a la celeridad. Si se pensaba que los jueces no debían ser morosos en dar sus sentencias *luego que haya tomado el preciso y debido conocimiento de la verdad de los hechos*,¹⁴⁹ sin que estén obligados a tomar este conocimiento en un tiempo predeterminado; se daba por lo tanto mayor importancia al hecho de una buena información, que al de que los jueces diesen sus sentencias dentro del plazo marcado por la ley. Se pensaba también que quedaba una última vía para resolver si la sentencia se había dado con excesiva morosidad, y era la opinión que sobre el asunto tuviesen los jueces superiores, en el caso que se produjese el envío de la causa, pues podían valorar, en base a sus conocimientos, si el juez hubo de emplear mayor tiempo en tomar su decisión, que aquel que le obliga la ley, debido a la complejidad del asunto y a sus dificultades.¹⁵⁰ Con toda esta información, se podría concluir que las sentencias y autos definitivos no venían muy sujetos a los plazos que la ley les imponía, ley que por otra parte estaba dada con la intención de evitar las dilaciones frecuentes en los pleitos, pero que asumida por el propio sistema, queda inoperante, y los jueces dan sus sentencias según estiman conveniente a su criterio, sin que en la práctica aparezcan quejas contra los jueces por este funcionamiento de la mecánica procesal.

Además de todas estas exigencias, materiales y formales que hasta ahora se han visto en

cabe esperar, dada la inercia judicial, que las situaciones se continuaban dando.

¹⁴⁹ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pag. 198.

¹⁵⁰ Ibidem.

cuanto a lo que se requiere para que una sentencia sea plenamente válida y no se le puedan imputar causas de nulidad, hay que tener en cuenta otras circunstancias que deben integrarse en los requisitos de las sentencias. Como es lógico, no será válida la sentencia que resulte notoriamente injusta, o que esté fundada en la falsedad de una causa, ni la que se da contra otra sentencia que ya tiene el valor de cosa juzgada. Así, mismo será nula la sentencia en la que intervengan personas que no están expresamente facultadas para intervenir en el proceso, por existir una causa de incapacidad procesal, tal como la minoría de edad de alguna de las partes, y en general todo tipo de vicios o errores que hagan su resultado anulable o nulo. También estará sujeta a nulidad aquella sentencia que expresamente no se refiera a cosa cierta y determinada, pues si así se hiciese sería contra el mandato legal.¹⁵¹ La justificación de esta exigencia está en la proyección que una sentencia tiene en el patrimonio y circunstancias de las partes en el pleito, *pues la sentencia se da para ejecución, mediante la cual se da a cada uno su derecho, y se evite la discordia entre las partes,[...] lo cual no puede suceder en las sentencias inciertas.*¹⁵² Así, pues, el fallo de una sentencia no puede contener imprecisiones e incertidumbres, pues dificultaría su ejecución, que es su verdadera finalidad.

La nulidad de las sentencias, que deriva intrínsecamente de la ausencia de los requisitos materiales y formales, o de defectos o vicios procesales, tales como haber utilizado testigos o escrituras falsos, puede ser ejercitada por la parte a la que perjudique. Esta acción, que es especial y no se considera propiamente un recurso, se puede plantear ante el mismo juez que dictó la sentencia, y si está apelada, ante el juez superior. Para ello dispone el interesado de **sesenta días**,

¹⁵¹ P.P. 16.22.3.

¹⁵² HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pag. 98.

¹⁵³tramitándose como un incidente del asunto principal y con carácter contradictorio, para lo que ha de ser oída la parte contraria.¹⁵⁴ Contra la sentencia que se dé en este incidente de nulidad cabe apelación, pero no se podrá plantear nuevamente la nulidad de esta nueva sentencia. Siendo este el supuesto general en cuanto al ejercicio de la nulidad de sentencias, existe otra realidad respecto de las nulidades, como es el hecho que de los diversos motivos por los que una sentencia puede ser dada por nula, excepto alguno que se considere de plena nulidad o nulidad notoria y manifiesta, tales como la falta de jurisdicción; en estos casos específicos, no juega la limitación de tiempo para pedir que una sentencia sea dada por nula, sino que es un ejercicio imprescriptible, pudiendo ser pedido siempre, pues se trata de una nulidad de pleno derecho, lo que supone que la sentencia ha sido y será siempre nula.¹⁵⁵

12.2.5. La congruencia de las sentencias, es un requisito más que afecta a las decisiones finales de los pleitos, pero se ha preferido tratarlo por separado del resto de los requisitos por su mayor trascendencia procesal y práctica. La congruencia de las sentencias es la correspondencia que debe existir entre las pretensiones de las partes deducidas en juicio y la sentencia que se dé, suponiendo la exigencia de congruencia una forma de limitar y acotar el contenido de la sentencia.¹⁵⁶ Se puede hablar de exigencia material o de fondo cuando nos referimos al hecho de que una sentencia, para tener plena validez, ha de estar conforme con lo que en el pleito se ha pedido. Es un principio muy básico, enunciado por **Las Partidas**, y respetado y mantenido por

¹⁵³ N.R. 2.17.4.

¹⁵⁴ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pag. 98.
P.P. 1.26.3.

¹⁵⁵ HEVIA BOLAÑOS, Ibidem.

¹⁵⁶ DE BENITO FRAILE, La sentencia en el proceso civil ordinario castellano, pag. 130.

toda la doctrina. *La sentencia debe ser conforme a libelo*,¹⁵⁷ se dice, como una garantía de que no va a contener pronunciamiento que vaya más allá de lo que las partes piden del juez, sin exceder de lo pedido.¹⁵⁸ Esta identidad entre lo que se pide y lo que se falla se concreta en tres circunstancias: personas y cosas, causa de pedir y acción ejercitada. Es claro que una sentencia no puede condenar o absolver a quien no ha sido demandado en el juicio, y tampoco puede conceder un derecho a persona que no lo ha pedido, y mucho menos condenar a aquel que no ha sido parte en el proceso, pues una decisión judicial no puede perjudicar a tercero que no haya tenido audiencia ni haya sido llamado para poder ejercer sus defensas naturales para ser oído en el pleito.¹⁵⁹ Ha de ser la sentencia conforme y precisa en cuanto a lo que se ha pedido¹⁶⁰; en lo que se refiere a las cosas objeto del litigio, los jueces al dar su sentencia se han de atener al objeto sobre el que se ha planteado la cuestión, a lo que se pide en la demanda, por lo que no pueden variar la cosa pedida, dando juicio sobre cosa que no perteneciese a la demanda.¹⁶¹

El demandante en su demanda debe explicar cual es la causa por la que pide del juez una resolución, causa o motivo de pedir que debe ser probado a lo largo del pleito, y que ha de ser tenido en cuenta por el juez al momento de tomar su decisión sin que pueda extralimitarse de los márgenes que la propia parte le impone en su demanda. En su demanda también la parte está ejercitando una acción concreta, y a esta acción debe ceñirse el juez para dar su sentencia, aunque en este punto cabe hacer precisiones concretas siguiendo a los prácticos, que a su vez mantienen las opiniones de los clásicos del derecho común. Si una sentencia debe ser la decisión de un juez

¹⁵⁷ P.P. 3.22.3.

¹⁵⁸ TAPIA, Ob. Cit. Pag. 222.

¹⁵⁹ CONDE CAÑADA, Ob. Cit. Pag. 206.

¹⁶⁰ DE BENITO FRAILE, Ob. Cit. Pag. 130.

¹⁶¹ P.P. 16.22.3.

a una contienda, conforme a lo que se le ha pedido, la vulneración de estos límites se establece desde el momento en que el juez ha de fallar *atendida solamente la verdad del hecho*, y si se pidió una cosa, pero de lo alegado y probado resulta otra, deberá el juez en este caso estar más atento a lo que resulte de lo que en el juicio se ha dicho, que a los márgenes de lo pedido inicialmente, pues los jueces deben atender a la verdad, sin tener en cuenta las formalidades, y si el hecho está justificado deben resolver conforme a lo probado, según la acción intentada. Parece resolverse la cuestión, más a favor de la realidad material de lo que el curso del pleito resulte, con la sujeción del juzgador a lo que por el actor se ha pedido quede liberada o suelta. En cuanto a la identidad de la acción ejercitada, es importante que sea tenida en cuenta, pues el resultado del juicio y sus consecuencias (la validez de cosa juzgada que han de tener las sentencias), hace que no sólo de la petición de la demanda que no se estima dejando libre de ella al demandado, sino que no se ha tenido en cuenta la acción ejercitada, con lo que esta misma acción no puede volver a ser intentada.

12.2.6. La cuestión de la no motivación de las sentencias. El hecho de que en la parte de la sentencia que hemos llamado “cuerpo” el juez, en algunos casos, argumente cual es la razón en la que se está basando para dar su fallo, y que se refiere siempre a hechos o a circunstancias del proceso, no puede servir para considerar que las sentencias civiles castellanas estaban técnicamente fundamentadas hasta la Codificación. La fundamentación jurídica de una resolución judicial, no es otra que la referencia a las normas de derecho que el juez aplica a los antecedentes de hecho que resultan probados en el pleito, para mediante un silogismo lógico/juricio, llegar a la conclusión definitiva de su fallo. Pero en las sentencias de los jueces, en Castilla y en la Época Moderna, no aparecen jamás referencias a normas o principios jurídicos que hagan conocedor al sujeto pasivo de la decisión, cual es el derecho, la norma, que se le está

aplicando. Esta situación, que se venía manteniendo desde la Edad Media, se valora actualmente como *fundamentalmente negativa* para el estudio y la evolución de la Jurisprudencia castellana, pero los contemporáneos no trasmitían tener conciencia de esta realidad como un problema o un obstáculo en la forma de desarrollar su función los jueces y tribunales, hasta el punto que casi no se menciona el hecho de la no motivación por los autores jurídicos, y cuando aparece lo hace de forma escueta y rápida: *en la sentencia no deben fundarse las razones que haya tenido el juez para dictarla*.¹⁶² Aisladamente esta frase es contradictoria con lo que se debe entender como un hacer el derecho claro y emergente, y sobre todo, es desconcertante para los receptores de una sentencia, pues se les niegan las razones que se han utilizado para llegar al fallo, que es el resultado final que ha de ser cumplido, y sobre el que puede ser impugnado, impugnación que lógicamente también estará vacía de argumentos, pues no se sabe cual es aquel que el juez ha utilizado y que se debe rebatir.

Quizás el primer aspecto que habría que tener en cuenta, es si la no motivación de las sentencias estuvo siempre prohibida, o simplemente se empezó por no exigirse, y su ausencia se convirtió en práctica, práctica que fue un elemento más de la inseguridad jurídica, y tras la que se amparaba y ocultaba una realidad evidente, como era la preferencia del arbitrio judicial sobre la concreción jurídica de los actos fundamentales de los jueces. Desde la Edad Media, se exigía simplemente al juez dar su juicio, sin más, una vez sabida la verdad,¹⁶³ de lo que parece entenderse una **no exigencia tácita** de justificar jurídicamente el fallo, es decir, no se prohíbe expresamente a los jueces que justifiquen jurídicamente sus sentencias; quizás esta discrecionalidad concedida al juez en este aspecto, y la tradición jurídica castellana de *fuero de albedrío*, que ofrece un

¹⁶² ORTIZ DE ZÚÑIGA, Ob. Cit. Pag. 56.

¹⁶³ P.P. 5.22.3.

amplio campo a la voluntad personal del juez,¹⁶⁴ fue configurando una práctica judicial, que con el tiempo se consolidó y afianzó en todos los tribunales. También hay que tener en cuenta la influencia del Derecho Canónico, que al consagrar el respeto a las decisiones del juez, como una expresión más de la espiritualidad que en este cuerpo jurídico predominó sobre la legalidad, estaba facilitando que estas decisiones no se sujetasen a reglas para su formación y concreción. En la Edad Moderna, la doctrina admitía esta situación sin cuestionarse su validez y justificación, es más, veía en la no motivación de las sentencias un medio para evitar las impugnaciones y recursos reiterativos y dilatorios, y sólo llegaba a admitir que debían explicarse las razones de las sentencias, cuando se hiciese necesario para evitar la deshonra de un tercero: *Debe el buen Corregidor, escribir también la causa y razón que le movió para sentenciar, cuando de ella pueda resultar deshonra de tercero.*¹⁶⁵ Debido quizás a que la legislación real se producía de una forma acumulativa sobre el ordenamiento existente, aparece una ley de comienzos del siglo XV, en la que se regulan aspectos de las alzas, y en la que se dice que el que tenga que ver los recursos, ha de tener en cuenta las razones por las que el juicio se dió,¹⁶⁶ expresión que puede hacer pensar que en las sentencias se contenían las razones en las que se basaban los jueces, y es cierto que algunas razones contenían, pero desde luego no sabemos si se estaba la norma refiriendo a razones jurídicas o de derecho, o simplemente a argumentos lógicos y de hecho. Y sigue la legislación contradiciéndose a sí misma, pues sólo unos años después, en 1489, los Reyes Católicos en las Ordenanzas de Medina dan una ley en la que se regulaba la forma de guardarse y controlarse los votos de Presidente y Oidores de Chancillería, en la que

¹⁶⁴ LALINDE ABADÍA, Ob. Cit. Pag. 796.

¹⁶⁵ CASTILLO DE BOVADILLA, Ob. Cit. Pag. 323.

¹⁶⁶ N.R. 7.17.4.

expresamente dice que los votos se controlaban en un libro *sin poner causas y razones algunas de las que lo movió a votar*.¹⁶⁷ Analizando esta norma con el mismo punto de vista que la anterior, hay que valorar a que tipo de razones se está refiriendo, pues posiblemente sean las razones argumentales, pero no las jurídicas. La situación debió continuar siendo la misma durante toda la Edad Moderna, pues en las sentencias que se han visto, no hay referencia alguna a ordenamiento, ley o doctrina que se está aplicando. Pero ocurría esto en Castilla, pues en el reino de Aragón se mantenía una tradición de motivación en sus sentencias desde el siglo XVI,¹⁶⁸ precisamente con la intención de evitar dudas y confusiones a las partes, y en consecuencia recursos inútiles. Quizás por extensión de esta práctica, la Audiencia de Mallorca venía motivando sus resoluciones, situación que provocaría la definición concreta y tajante sobre el tema de la monarquía. La Real Cedula dada por Carlos III en 1778, dirigida a prohibir a la Audiencia de Mallorca que continuase en la práctica de motivar sus sentencias,¹⁶⁹ entendiendo que esta práctica da lugar a cabilaciones y gastos para los litigantes, por lo que ordena cesar en ella, y atenerse a palabras *decisorias, como se observa en el mi Consejo y en la mayor parte de Tribunales del reino*. Desde luego el mensaje de la orden es claramente unificador: se extiende a territorios ajenos a Castilla los usos forenses que se venían utilizando en este reino continuamente; sobre esta intención unificadora, es importante lo que dice **Álvarez de Morales**:

[...] Incluso se reforzaron la medidas prohibitivas de motivar las sentencias en aras de una uniformidad en la forma de actuar los Tribunales

¹⁶⁷ N.R. 43.5.2.

¹⁶⁸ SCHOLZ Y PEREZ MARTÍN, Legislación y jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen, pag. 298.

¹⁶⁹ No.R. 8.16.11.

de la Monarquía, en favor precisamente de los Tribunales que no motivaban las sentencias, y en contra de los que tenían la tradición de motivarlas. En definitiva, la Justicia formaba parte del misterio y secreto que debían rodear a la figura del monarca absoluto, y los ilustrados españoles no dudaron en reforzar esta idea del Monarca como único medio de llevar adelante las reformas que propugnaban.¹⁷⁰

Pero es curioso que el argumento utilizado por la propia monarquía, y que se basaba en que si los litigantes conocen las normas aplicadas en la decisión buscarían con ello más motivos para impugnar las sentencias, es precisamente el contrario que influía para que en Aragón las sentencias se fundamentasen, pues aquí se pensaba, que si en la sentencia aparecían las razones de derecho que el juez había tenido, los sujetos pasivos de la sentencia seleccionarían mejor los motivos de recurso que podían darse, y por lo tanto se estaban evitando recursos injustificados e innecesarios. Por el contrario, fuera de este ámbito territorial aragonés, ocurría precisamente lo contrario, en los casos en los que los litigantes no conocían las razones del juez para dar su fallo, por lo que recurrían las sentencias para que el tribunal superior valorase si era o no ajustada a derecho la decisión que se apelaba. Realmente hay que pensar, desde una visión absolutista de la monarquía, que la indefinición en los argumentos jurídicos de las decisiones judiciales, dejaba libre el campo de acción en el caso de que una sentencia tuviese que ser revisada por el propio Monarca o por su Consejo, pues en los casos en los que estuviese fundamentada jurídicamente, su revisión estaría sujeta a las normas en las que el juez se había basado para decidir.

Fuera ya de los motivos de la Monarquía para autorizar o no la motivación de las sentencias, o si fue una práctica Castellana nacida de la no obligación para los jueces de decir en sus sentencias cual era el derecho que estaban aplicando, lo cierto es que el derecho castellano adolece de un grave vacío en este aspecto, pues su jurisprudencia, es un cuerpo muerto sin

¹⁷⁰ ÁLVAREZ DE MORALES, “ Historia del Derecho y de las instituciones españolas”, pag. 235.

utilidad, ni contemporánea ni de estudio futuro, pues siempre careció de valor científico inherente a cualquier cuerpo de Derecho.¹⁷¹ Y además de esta consecuencia primera, la situación en la que el predominio del arbitrio judicial era tan amplio, suponía una grave indeterminación en los resultados de los procesos, y venía a ser una causa más de inseguridad jurídica.¹⁷²

12.2.7. La invariabilidad de las sentencias y sus posibles aclaraciones. Cuando una sentencia se había dado con todos los requisitos necesarios, se presumía válida, y por lo tanto no podía el juez que la había dado, con posterioridad, hacer modificaciones sobre su contenido. La situación venía ya regulada en **Las Partidas** y se basaba en el principio de garantizar la seguridad jurídica, de los litigantes y del propio sistema.¹⁷³ Desde luego es claro que es inherente a la propia eficacia de una sentencia, que una vez hecha pública, última exigencia de su validez, no pueda alterarse en su esencia, pues si esta situación se admitiese en el sistema, las decisiones de los jueces que resolvían las contiendas quedarían vacías de su propio valor intrínseco. La inamovilidad de las resoluciones judiciales definitivas es por lo tanto una exigencia y una garantía dentro del propio sistema procesal, de su eficacia. El intrínseco valor de las sentencias está precisamente en que con ellas se da por finalizada la contienda que las partes han planteado ante el juez, dando a cada uno su derecho, y una vez tomada la decisión principal de la contienda, el propio juez no puede cambiarla, aunque sí podrá hacerlo un juez superior.¹⁷⁴

La sentencia válida, aunque sea injusta, no puede mudarla el juez que la dió, aunque después se presenten tales pruebas, o escrituras, que si las

¹⁷¹ TOMÁS Y VALIENTE, El Derecho penal en la monarquía absoluta, pag. 182.

¹⁷² MARÍA PAZ ALONSO, Ob. Cit. Pag. 260.

¹⁷³ ROLDÁN VERDEJO, Ob. Cit. Pag. 310.

¹⁷⁴ P.P. 2 y 3. 22. 3.

hubiera tenido presentes habría sentenciado de otro modo.¹⁷⁵

La invariabilidad supone tanto que no se pueda revocar su decisión, como que se añada alguna cuestión, se suprima o se cambie o modifique partes de ella que resulten fundamentales,¹⁷⁶ pues lo que la ley pretende es que las decisiones de los jueces, tratándose de actos de jurisdicción sujetos a determinados requisitos materiales y formales, adquieran valor por sí mismos, para llegar a su fin definitivo que es el de ser ejecutados, partiendo de su intrínseca eficacia: si se admitiese la posibilidad de que el juez que da una sentencia, pueda alterarla o modificarla, se está desvirtuando el verdadero valor de estos actos; de ahí que se mantuviese la aplicación de esta norma, que en si es un principio fundamental del derecho procesal, mediante un buen sistema de recursos.

El principio general, tenía sus excepciones y matices. En primer lugar, **la sentencia interlocutoria**, no está sujeta a esta prohibición, pues se entiende que siempre puede ser modificada en la sentencia principal, por lo que se permite que también se modifique en cualquier parte del juicio, eso sí, antes de darse la definitiva, y aunque parte de la doctrina piensa que esta modificación se puede hacer en cualquier momento, otros, entre ellos **Sala**, interpretan que será sólo tres días, los que la ley prescribe para poder interponer suplicación de autos o sentencias interlocutorias.¹⁷⁷ Y la otra excepción a la norma general de no modificación de las sentencias, es la de la vía de la **aclaración**. No supone la aclaración de una sentencia desde luego ningún tipo de modificación de aquello que es esencial en su fallo, pero sí en pronunciamientos

¹⁷⁵ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pag. 125.

¹⁷⁶ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pag. 98.

¹⁷⁷ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pag. 125.
N.R. 1.19.4.
No.R. 1.21.11.

que no son de fondo o fundamentales. Por ello, si el juez no menciona en su fallo los frutos y rentas de la cosa litigiosa, o bien no ha hecho mención a la condena o no en las costas del proceso, o se expresó con oscuridad, haciéndolo de oficio o a instancia de parte,¹⁷⁸ *puede enmendar y enderezar su sentencia dentro del día de su pronunciamiento y no después*,¹⁷⁹ No se está ante ningún tipo de modificación, sino que lo que se puede pretender por alguna de las partes, o por ambas, es que el juez aclare algún concepto que no haya sido declarado con claridad o precisión, siempre que éste se refiera a circunstancias que no resulten esenciales para la decisión de fondo, sino que son accesorias al fallo principal, y se entiende que no afectan al fondo del asunto.

12.2.8. El valor que tiene la sentencia de cosa juzgada. Ya se ha dicho que el valor intrínseco de una sentencia es su propia eficacia frente a las partes procesales, ya que su contenido ha de ser cumplido por aquellos a los que se dirige, es decir, una sentencia es un documento que lleva él mismo aparejado ejecución; para que adquiriera este valor, el de ser ejecutadas, las resoluciones finales de los jueces tiene que adquirir un último valor que deriva de su no impugnación. Del sistema de recursos y alzas que se establecía a las decisiones de los jueces, dependía el que una sentencia fuese definitivamente ejecutable, por ello, una vez notificada a las partes en el conflicto, si transcurridos cinco días y ninguna de ellas ha apelado, aquel a cuyo favor ha recaído el fallo, puede pedir que *se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada y se lleve a efecto*.¹⁸⁰ Esta declaración judicial, que afecta sólo a las sentencias

¹⁷⁸ ORTIZ DE ZÚÑIGA, Ob. Cit. Pag. 56.

¹⁷⁹ TAPIA, Ob. Cit. Pag. 228
P.P. 3.22.3.

¹⁸⁰ ORTIZ DE ZÚÑIGA, Ob. Cit. Pag. 57.

definitivas, nunca a las interlocutorias, no se produce si no es la parte a la que beneficia la sentencia, la que se le pide al juez; nada dice la ley a este respecto, pero la práctica configura una petición de parte, por la que se le decía el juez, que habiendo transcurridos los plazos para formular apelación, sin que la parte contraria lo hubiese hecho, *que se le acusase la rebeldía, declarando la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada, y la llevara a pura y debida ejecución.*¹⁸¹ De esta manera, se inserta entre la sentencia notificada y su ejecución una nueva declaración del juez, por la cual su decisión adquiere un valor añadido, cual era que aquello que la sentencia contiene, para resolver el litigio, hace que se cierre la posibilidad de que entre las mismas partes y sobre el mismo objeto se pueda plantear nueva contienda. Esto, añadido a la imposibilidad de recurrir, le confiere por la doctrina un valor definitivo previo a la ejecución de la sentencia en sus propios términos. El juicio dado así, *tiene maravillosamente gran fuerza, pues en adelante, los litigantes y sus herederos han de pasar por él.*¹⁸² Supone el valor de cosa juzgada una **fuerza** que adquiere la sentencia para ser ejecutada.

Por lo tanto, la sentencia sobre la que recayó absolución o condena, y fue dada en juicio contradictorio, oídas las partes con todas las garantías, cuando se ha consentido expresamente o no se ha apelado de ella, recibe el “vigor” que le da la autoridad de cosa juzgada, ya que entonces se estima *por verdadera y justa la sentencia*¹⁸³. La ley y la doctrina hablan de fuerza y vigor, como un carácter de capacidad de enfrentarse a terceros; es la fuerza que necesitaba una sentencia para poder tener a su vez fuerza de ejecución.¹⁸⁴ Y lo mismo que una sentencia

¹⁸¹ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pag. 125
TAPIA, Ob. Cit. Pag. 229.

¹⁸² P.P. 19.22.3.

¹⁸³ TAPIA, Ob. Cit. Pag. 230.

¹⁸⁴ Las sentencias dadas por los jueces del Antiguo Régimen eran ejecutorias como tales documentos públicos, pero para su efectividad, en caso de incumplimiento, debía obtenerse esta ejecución mediante un

definitiva puede ser anulada o revocada dentro de las reglas de los recursos e impugnaciones, la declaración de cosa juzgada puede ser rescindida o revocada, según causas de nulidad que suelen ser coincidentes con las causas de nulidad de una sentencia, tales como la obtención del fallo con pruebas falsas, o haber aparecido nuevas pruebas, o cuando el juez ha actuado maliciosamente y prevaricado. En estos casos se permite al perjudicado por la causa de nulidad, que sea declarada por ninguna la calidad de cosa juzgada que ha de tener una sentencia.

La cosa juzgada era una institución que procedía del Derecho Romano, y que había sido reelaborada por los glosadores, y cuya formulación estuvo vigente hasta la Codificación, momento en el que tampoco sufrió grandes variaciones. Su fin más determinante es el de la seguridad jurídica, y la certeza en el tráfico jurídico, ya que lo que se pretende con sus efectos es que ninguna sentencia pueda vulnerar el contenido de una decisión judicial anterior de las mismas características, y que su resultado no pueda ser negado o contradicho, mediante la imposibilidad de juzgar dos veces sobre el mismo tema, lo que equivalía a la aplicación del principio de *non bis in idem*. De lo que se trata es de que no se pueda reproducir el contenido de una acción en nuevo proceso, con posterioridad a que exista una sentencia definitiva. Supone la cosa juzgada una ficción de verdad, partiendo del axioma *res iudicata pro veritatae habetur*, pero no sólo en cuanto a su contenido decisorio, es decir, el fallo, sino también a los hechos sobre los que basa el resultado.¹⁸⁵

Por lo tanto, esta declaración, una vez obtenida tiene dos efectos: uno positivo, pues da fuerza ejecutoria plena a la sentencia, y otro negativo ya que impide que se pueda plantear nueva

nuevo procedimiento. La Codificación, según el proyecto de Gómez de la Serna, introdujo la ejecución de las sentencias dentro del mismo ámbito jurisdiccional que había dado la resolución; es también creación de la codificación la declaración de la firmeza de las sentencias, previa su ejecución, como una alternativa a la declaración de cosa juzgada, aunque este carácter permanezca intrínseco en las sentencias firmes.

¹⁸⁵ ALMAGRO NOSETE y otros. Ob. Cit. Pag. 547 y ss.

contienda sobre los mismos hechos, estando obligadas las partes litigantes a pasar por el contenido de su declaración.

En la práctica se resolvía mediante pedimento de la parte a la que la sentencia beneficiaba, y en el que decía, que habiendo transcurrido el término que las partes tenían para apelar de la sentencia sin que lo hubiesen hecho, pedía que fuese *declarada por pasada en autoridad de cosa juzgada, mandando se lleve a pura y debida ejecución, y en su consecuencia expedir el competente libramiento contra [...] para que entregue a mi parte [las cantidades señaladas en la sentencia]*; esta petición se resolvía por auto, declarando el juez *por consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada la sentencia pronunciada en los autos [...] y que como a tal se ponga en ejecución y lleve a por y debido efecto su contenido, y que para ello se despache el libramiento en favor de estas partes*.¹⁸⁶ Constan a continuación los libramientos de los distintos despachos que se han pedido para poder ejecutar la sentencia. Como se ve, se trata de actuación sujeta a fórmulas y cláusulas de estilo, que se repiten invariablemente, pero es importante destacar dos aspectos: uno, que es la propia parte la que solicita la declaración judicial de cosa juzgada, y otro, y este es más importante, que se hace y pide esta declaración como un paso previo para solicitar que la sentencia se lleve a ejecución y se le den los documentos ejecutorios que se necesitan para poder obtener la total eficacia de la sentencia.

12.2.9. Contenido del fallo de las sentencias. La falta de fundamentación jurídica de las sentencias castellanas, excluye en principio la posibilidad de conocer cual ha sido el argumento jurídico utilizado por el juez o el tribunal para dar su fallo. Y aunque es absolutamente imposible saber cual es el derecho que ha aplicado, sí se puede estudiar el contenido de la decisión de las

¹⁸⁶ A.H.P.S. J-1188/12

sentencias, utilizando los argumentos finales de las partes, resúmenes de prueba y alegaciones en derecho, para entender cual ha sido por lo menos la conclusión a la que ha llegado el juez en su toma de decisión. Si se analizan estos extremos del juicio, se puede llenar el vacío que existe entre ambos, conociendo, si no la ley que se ha aplicado, sí aquello que la ley regula: es por lo tanto posible el conocimiento material de la decisión del juez, sobre el asunto que se le ha planteado, y sobre lo que las partes le han probado y alegado, teniendo en cuenta el derecho regulador de cada situación material planteada en cada contienda .

SUPUESTOS DE ANÁLISIS PARA LLEGAR A CONOCER LA DECISIÓN DEL JUEZ .

Se va a intentar buscar estos nexos, para llenar el vacío que existe en todas las decisiones de los jueces; en primer lugar se parte del resumen de las peticiones iniciales, se busca el argumento final que cada una de las partes presenta al juez, y uniendo estos argumentos con la decisión final, dar contenido a la base argumental de una sentencia, teniendo en cuenta cual es el derecho aplicable. Se va a hacer el estudio sobre los mismos asuntos en los que se analizaron las alegaciones finales, o resúmenes de prueba, dado que ya se va conociendo mejor aquello de lo que tratan.

1º.- Pleito de desahucio seguido ante el Alcalde Ordinario de Villacastín. 1751.¹⁸⁷

Antonio Bachiller es un rentero del lugar de Villacastín que ha mantenido en arriendo unas tierras de labranza durante varios años, como antes las tuvo su padre, sin que exista contrato escrito, y que pertenecen al Mayorazgo del que es titular **Bernardo Alaiza**. Acude ante el juez, que es el Alcalde Ordinario del lugar, diciendo que **Gabriel Pedril**, que actúa como mandatario

¹⁸⁷ CHAN.VALL. P.A. 3782-3.

y administrador del poseedor del Mayorazgo, le ha entrado en las tierras, labrándolas directamente, sin que exista previa autorización judicial para ello. Por lo tanto, **PIDE** a) que se le mantenga en el arriendo como titular del derecho que es, para lo que está dispuesto a pagar las rentas atrasadas y hacer la escritura, b) que Pedril deje de labrar las tierras y se le permita entrar de nuevo en posesión de las mismas . A esta petición responde el demandado, diciendo que Bachiller no tiene título para pedir pues no existe arrendamiento, ya que se le requirió meses atrás para que dejase las tierras, sin que hubiese contestado al requerimiento, y que si se le mantiene en la posesión se priva de ella al uténtico dueño, que es su mandante. En segundas alegaciones, las partes precisan e insisten; el demandante diciendo que cuando fue requerido de desahucio, ofreció hacer escritura, pues éste era el contenido del requerimiento; que se sabe que Alaiza ha dicho expresamente a Pedril que debe mantener a los renteros antiguos en sus tierras y en los contratos; también argumenta que el Administrador, y demandado, no tiene facultades para labrar las tierras, pues exceden estos actos del contenido de su poder, y que en cuanto al requerimiento de desahucio no fue hecho en forma, con lo que no tiene validez. El demandado se considera capacitado para labrar las tierras él mismo, entiende que se está planteando un desahucio, y que no puede darse reconducción pues no existe relación arrendaticia, por lo que en el demandante hay mala fe y defecto en el título de pedir.

Como medios de prueba utilizados por las partes, además de una declaración jurada del demandado pedida por el actor, se aporta documento para acreditar el requerimiento de desahucio hecho con anterioridad por el administrador a varios renteros, para que dejaran las tierras o bien otorgasen escrituras. En los resúmenes finales, la parte demandante, es decir, el arrendatario, alega: que ha poseído la tierra durante muchos años, y que se allana a pagar la renta y hacer escritura; la demandada no le puede despojar de la tierra y del arriendo sin la formalidad del

desahucio, por lo que debe ser expulsada de las tierras que ha ocupado. Por su parte, el administrador y demandado dice, que las tierras son de su propiedad y que por lo tanto puede desahuciar al acupante; ha hecho el requerimiento formal de desalojo, aportando en este momento un testimonio del mismo, con lo que están cubiertas las formalidades exigidas por la ley para que el desahucio tenga efecto, y que no se puede admitir la **tácita reconducción** por no haber existido antes conducción. A esto hay que añadir que la contraria ha actuado de mala fe al demandar, por existir un defecto en su título de pedir; en cuanto a su prueba, su confesión hace plena prueba y ha aportado instrumentos.

Regulación en derecho de la cuestión. Sobre el contrato de arrendamiento, existe una extensa regulación en el título 8 de la Partida 5; se mezclan todo tipo de arrendamientos, según su objeto, pero está especificado el arriendo de tierras, dejando su normativa concreta a las costumbres del lugar y a la voluntad de las partes, siempre que ésta no sea contra legem. Las partes están obligadas a dar la cosa objeto del contrato y a pagar el precio pactado. No exige escritura para la validez del acuerdo de voluntades, y se admite la reconducción en el caso de que transcurran tres días después de la finalización del plazo, por otro periodo igual de tiempo. Y la ausencia de pago de la renta da lugar a que el arrendatario sea desposeído de la cosa. Por otra parte, la posesión, regulada en el título 30 de la Partida 3, se encuentra protegida en el derecho, desde el momento en que se prohíbe inquietar en la posesión quieta y pacífica en la ley 1, título 13 del libro 4 de la Nueva Recopilación. No hay regulación legal sobre el desahucio, que supone un medio formal de desalojo de la cosa arrendada cuando ésta es un inmueble. Ahora bien, si existen disposiciones legales sobre esta materia de fecha posterior al asunto que nos ocupa, y aunque no estaban vigentes en el momento de este pleito, sí pueden servir para dar una idea de cual era la realidad social subyacente que dió origen a que se legislase en este sentido.

1.- Una Real Provisión del Consejo de 1768, prohibía a los jueces ordinarios despojar a los renteros de las tierras que tenían en arrendamiento, como un modo de proteger a la Agricultura.¹⁸⁸

2.- Por Real Cédula de 1770, se da libertad a los dueños de tierras para acomodar los arriendos con sus colonos, obligándose ambos a avisarse al comienzo del último año del arriendo de mutuo desahucio, y si no hay aviso se entiende prorrogado un año más.¹⁸⁹

3.- Los dueños pueden entrar a labrar su tierras, una vez acabados los contratos, si han sido labradores y tiene los medios para hacerlo, por Real Cédula de 1785.¹⁹⁰

4.- La Real Cédula de 1794, insiste en la anterior, prohibiendo expresamente a los propietarios labrar sus tierras, una vez que finalicen los arriendos, si no han sido antes labradores y residentes en el territorio en el que están las tierras que pretenden.¹⁹¹

Decisión del Juez en primera instancia. Ordena la sentencia mantener en la posesión y laboreo de las tierras al demandante, Bachiller, y que no sea inquietado en la posesión; mandando a Pedril, el demandado, que cese en el cultivo de la heredades. Motivos. No existe causa legítima para despojar al arrendatario de la posesión pues se allana a pagar la renta y el plazo se entiende tácitamente prorrogado. Por otra parte, el administrador, demandado, no puede labrar por sí mismo las tierras por exceder de las facultades de su mandato.

Motivos en los que se ha basado la decisión. El poseedor no puede ser inquietado en su pacífica posesión; el contrato de arrendamiento es válido aunque no exista escritura; al aviso de desahucio no se le da validez, y se admite la reconducción; además, el demandado no puede

¹⁸⁸ No.R. 3. 10. 10. N.P.P. nº 1.

¹⁸⁹ Ibidem.

¹⁹⁰ No. R. 4. 10 10 N.P.P. nº 2

¹⁹¹ Ibidem

labrar las tierras por no ser labrador anteriormente ni gozar de los beneficios de esta situación.

Pues bien, aquí está el posible derecho en el que el juez ha podido basar su decisión, algunas razones jurídicas forman parte de las leyes, y otras es posible que estuviesen en los usos locales, tales como las limitaciones al propietario para labrar las tierras y la existencia de aviso previo para que se pueda concurrir al desahucio; en ese caso, el aviso sí podía haber existido, pero el juez no lo valora como tal, quizás por estar aportado el documento que lo prueba fuera del momento procesal adecuado para ello, pues es un documento en el que está basando su derecho una de las partes y el momento para presentarlo era el de contestar a la demanda.

Motivos y alegaciones de la apelación. Contra el auto definitivo dado, con asesor, por el Alcalde Ordinario de Villacastín, el demandado, conjuntamente con el propio Alaiza, presenta Apelación; una vez mejorada y comparecidos en Chancillería, las partes hacen sus alegaciones, y además piden y practican pruebas de confesión y testigos. En estas alegaciones, el apelante/demandado, después de decir que el auto es nulo, reitera todos los motivos que planteó en la primera instancia. Por su parte, el apelado/demandante, insiste también en lo que ya había dicho, y añade, que como arrendatario antiguo que es, tiene derecho preferente, y que al estar el desahucio hecho en tiempo no hábil, no le puede perjudicar.

Con las pruebas, El apelante intenta demostrar la realidad del desahucio, y añade que el escribano de la causa es pariente de la otra parte, circunstancia que no se niega y se aclara el parentesco por el propio Bachiller. Por otro lado, de la prueba de testigos del apelado, se deduce la existencia de un arrendamiento antiguo, las intenciones de Alaiza y Pedril para igualar en calidad las distintas tierras a los renteros, prefiriéndose para las tierras que son de diezmos a los que mejor las labren, sobre los antiguos; los renteros en general no se niegan a hacer escritura y consideran que el requerimiento de desahucio no tiene valor, pues lo que se les exige es la

escritura, no el desalojo inmediato.

Las decisiones en segunda instancia son contradictorias. El auto que resuelve la apelación revoca el dado en primera instancia por el Alcalde Ordinario, basándose en la validez del requerimiento de desahucio; pero el auto resolviendo la suplicación contra el anterior, lo revoca y confirma el de Villacastín, manteniendo a Bachiller en el cultivo y arriendo de las tierras. A Alaiza se le reservan sus derechos, que podrá ejercitar mediante un procedimiento ordinario declarativo.

Por lo tanto, hay que estimar que la piedra de toque para los distintos jueces y oidores que estudian el asunto, está en la realidad y validez del requerimiento de desalojo que la propiedad, mediante su administrador, hace antes del pleito a los renteros, aunque detrás de este movimiento no se ignora que subyacen intenciones del poseedor del Mayorazgo para mejorar la rentabilidad de sus tierras, presionando a los labradores, más que para que paguen sus rentas y normalicen sus arriendos, para conseguir desalojos y nuevos contratos más lucrativos. En este sentido se debe destacar lo que declara uno de los testigos que presenta Antonio Bachiller, cuando dice que a veces, los propietarios desalojan a los renteros antiguos, cuando las tierras son de diezmos, pues prefieren entregárselas a labradores jóvenes que trabajan más, y por lo tanto las hacen más rentables para los que detentan el derecho de propiedad.

2º.-Pleito pidiendo declaración sobre la propiedad de un molino, ante el Alcalde Mayor de Villavieja en 1767.¹⁹²

El asunto se inicia por demanda de jactancia, lo que supone que las posiciones procesales parezcan invertidas; la acción surge cuando los sobrinos de **Pedro Prieto** “se jactan” de que su tío esta poseyendo un molino que fue del padre, sin título para ello; el tío, les presenta una

¹⁹² CHAN.VALL. P.A. 2792-3.

petición de jactancia, para que declaren sobre lo que dicen. En esta primera declaración, sólo dos de ellos, después de reconocer que su tío viene poseyendo el molino en cuestión desde que ellos conocen, dicen que tienen dudas sobre el título con el que su tío posee, y especialmente uno de ellos, pues es hijo de una hermana de Pedro Prieto, y considera que a su madre no se le hizo la partición de la herencia del padre, por lo que, como heredero suyo, reclama su parte legítima en el molino, y que habiendo heredado el molino de sus padres, a los hermanos de Pedro les pertenecía igual parte. Siguen distintas alegaciones por ambas partes procesales, que se resumen, en cuanto al demandante, que sus padres murieron hacía más de 70 años; que a su muerte se hizo partición de sus bienes, que no eran más que el molino y un pollino, y que a la partición su hermana Matea, que estaba casada, no trajo la dote recibida a colación, por lo que considera que se le había ya entregado la legítima a través de la dote. Además, ni el marido ni el curador del hijo menor le reclamaron en su momento ninguna hijuela. En la adjudicación, tuvo que pagar a otros dos hermanos sus dos partes respectivas, después de haberse tasado, por lo que considera que adquirió el derecho sobre el molino por partición y adjudicación de la herencia de su padre; por otro lado, se ocupó de restaurar y mejorar la construcción del molino, y de pagar un censo con el que está gravado, poseyéndolo desde hace entre 50 y 70 años. El demandado, al haber llegado a la mayor edad, podía haber exigido al curador cuentas por la hijuela de su madre.

Por su parte, el demandado, Juan Blanco, insiste que su tío debe presentar el título por el cual se le adjudicó el molino; y en cuanto al tiempo de posesión, Pedro Prieto lo hace oscilar entre 50 y 70 años, cuando la ley sólo permite una variación de 10 años. Las partes prueban sus respectivas posiciones mediante testigos. Y en las alegaciones de bien probado, se insiste en lo que ya han dicho, matizando algunas cuestiones. Así, el demandante, insistiendo en que la reclamación del molino que hace su sobrino, como parte de la herencia de su madre, la debía

haber intentado en juicio universal, desde hace 57 años, y que por lo tanto ha prescrito la acción para pedir; ha quedado demostrado que el padre dotó a su hija, y según la constumbre del lugar, la dote recae en su hijo y heredero, y que no se llevó la dote a colación al momento de hacer la partición. Además, la prescripción adquisitiva juega a su favor por haber disfrutado la posesión quieta y pacífica del molino durante 58 años. Considera que la existencia de la dote se debe presumir por no existir prueba documental, pero está reconocido el hecho por los testigos. Por su parte, el demandado considera que no está probada la cuestión de la dote, haciendo referencia a declaraciones concretas de testigos concretos, y al mismo tiempo, fija y basa sus alegaciones en lo que han dicho sus testigos, que según la ley son suficientes en número y calidad.

Decisión del juez en primera instancia. El Alcalde, considera que Pedro Prieto, el poseedor del molino, ha probado mejor sus pretensiones que su sobrino, Juan Blanco, por lo que la propiedad del mencionado molino pertenece a Pedro Prieto, manteniéndole y amparándole en la posesión, sin que en ella se le inquiete ni perturbe. Admite por lo tanto la petición del poseedor, frente a la pretensión del sobrino, y si el sobrino ha basado su argumentación en la incorrecta adjudicación de los bienes de la herencia de su abuelo, habría que pensar, en primer lugar, que el juez ha considerado que no se ha probado que la adjudicación del molino, como bien hereditario fuese incorrecta.

Regulación en derecho de las cuestiones que se plantean. 1ª.-En cuanto a la partición de la herencia, está regulada en el título 15 de la Partida 6 la partición de los bienes entre los herederos llamados en testamento, que se aplica para el caso de la sucesión “ab intestato”, como es el presente supuesto. La partición de los bienes hereditarios entre hermanos, se llama *colación de bienes*; a esta colación se deben llevar entre otros bienes, la dote, arras y otras donaciones que hayan recibido del padre, y que se imputan a la porción de legítima que le correspondería a tal

hijo.¹⁹³ Para que tuviese efecto, la partición y adjudicación de los bienes hereditarios, se debía hacer por escribano público, con intervención del juez que nombra a los peritos contadores y hace la adjudicación. Los bienes que no se pueden dividir, se han de adjudicar a uno de los herederos, después de tasados, pagando éste su parte a los restantes.

2º.- En cuanto a la cuestión de la dote, se entiende como dote aquellos bienes que la mujer entrega al marido para ayudar a las cargas del matrimonio, ya sean propios, de pariente o de extraño, pero aunque son bienes cuyos frutos se administran por el marido mientras subsista el matrimonio, su propiedad no pasa a integrar masa de los bienes propiamente matrimoniales. Interesan dos cuestiones: una, que los padres están obligados a dotar a las hijas, con lo que se debe presumir la existencia de dote desde el momento en que hay matrimonio en vida del padre, y otra, que a la muerte de la mujer, estos bienes han de revertir a quien la dotó, pasando excepcionalmente a las hijas en el caso de que el padre haya fallecido.¹⁹⁴

3º.-La adquisición del dominio por el paso del tiempo siendo poseedor. La prescripción es uno de los modos de adquirir la propiedad de los bienes que procede directamente del Derecho Romano; se exige, por supuesto, la posesión pacífica de la cosa, que esta posesión sea de buena fe, con justo título, y por el transcurso de un tiempo, medido según el tipo de bienes que se estén poseyendo; concretamente, para el caso de los inmuebles, se exigen diez años entre presentes y veinte entre ausentes; y si se estuviese poseyendo sin buena fe, también se adquiere el dominio por tiempo de treinta años, tiempo que también juega para que prescriban determinadas acciones, entre otras las reales.

¹⁹³ JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pag. 126.
P.P. 3. 15. 6.
N.R. 9. 6. 5.

¹⁹⁴ JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pags. 51 y ss.
P.P. Título 11, partida 4.
N.R. 5. 3. 10. Equivale a la ley 29 de las de Toro.

Motivos en los que se ha basado la decisión judicial. En primer lugar, el juez ha tenido que partir de una realidad evidente, como es el hecho de que Pedro Prieto posee el molino, objeto del pleito, durante un considerable número de años, que aunque los testigos dudan sobre el quantum, si está claro que superan los treinta años. En todo este tiempo, ha estado poseyendo el molino, saneado su estructura y mejorado su calidad, sin que nadie le inquietase, ni su propio sobrino, para el que habría prescrito la acción de reclamar la cosa, también por el trascurso del tiempo; esta posesión ha sido de buena fe, y partiendo de un título justo, pues pasó a sus manos el molino por transmisión hereditaria. El hecho de las mejoras estructurales en el inmueble, y del pago del censo que le grava, son también actos de disposición como propietario.

La forma de transmitirse el molino, aunque no se puede probar documentalmente por no existir escritura o las diligencias judiciales de la partición y de la adjudicación, si se ha hecho por los testigos, y por haber admitido otro hermano de Pedro, que le pagó su parte del molino. Y en cuanto a las hermanas, también se hizo cargo de los gastos funerarios de una que murió soltera, con lo que quedó liquidada su porción hereditaria; el problema está con la parte que correspondía a otra de las hermanas, Matea, que es la madre de Juan Blanco. Partiendo de la obligación legal de los padres de dotar a las hijas al momento de casarse, hay que presumir que la dote de Matea existió, y además su hijo no lo niega; cuando se parte la herencia del padre común, Juan Blanco es un niño sujeto a curaduría respecto a los bienes de su madre, y ni el curador, ni su padre concurren a la partición de la herencia del abuelo, como debían haber hecho, pues entonces tendrían que haber aportado la dote materna, para que se incluyese en el caudal de los bienes del causante a efectos de partir y adjudicar. Sin esta concurrencia, el hermano mayor, Pedro, tuvo en cuenta esta dote, y excluyó al hijo de su hermana Matea, de la división. Pero esta hijuela no existe documentalmente, aunque ha transcurrido mucho tiempo, y no se

tienen noticias de que estuviese hecha ante el escribano con intervención del juez. Queda por lo tanto escasamente probado el hecho de la correcta partición y adjudicación del molino, pero pese a ello, el juez lo considera como un título suficiente, puesto para adquirir la posesión, y por el transcurso de los años poseyendo de buena fe, considera que Pedro ha adquirido el dominio del molino litigioso.

Motivos y alegaciones de la apelación. La sentencia que da el Alcalde de Villavieja en primera instancia, es apelada por Juan Blanco para la Chancillería. Aquí, ambas partes vuelven a hacer alegaciones. El Apelante/demandado, insiste nuevamente en su posición, añadiendo que para él no juega la prescripción pues cuando se produjo la supuesta transmisión del molino a su tío, era menor de edad, y cabe un juico universal hereditario, y que no existen las diligencias judiciales de partición y adjudicación de la herencia.. El Apelado/demandante no añade nada nuevo.

Decisión de la segunda instancia. La sala de la Chancillería confirma la sentencia dada por Alcalde Ordinario de Villavieja, pues considera que juzgó y pronunció su sentencia correctamente. No hay más motivos; no valoran las nuevas alegaciones que hace el apelante, en cuanto a que era menor en el momento de producirse la transmisión del molino a su tío y por lo tanto para él no han prescrito las acciones, ni en cuanto a que no existen las diligencias judiciales de partición y adjudicación. Este defecto de la prueba del demandante, no se tiene en cuenta ni en primera ni en segunda instancia, pero es evidente que la existencia del título para poseer no lo puede demostrar Pedro Prieto, por lo tanto es posible que el hecho de la adjudicación hereditaria no fuese decisiva para los jueces; más bien habría que pensar que basan su decisión, en las dos instancias, en el hecho de la posesión continuada durante más de 50 años, sin que en

este tiempo se le hubiese inquietado ni perturbado.

3º.- Reclamación de evicción y saneamiento de unas tierras vendidas por el padre de los demandados el padre del demandante. Corregidor de Olmedo, 1720-1724.¹⁹⁵ **Pedro Sobrino**, que inicia la reclamación en 1708, pero la deja “retardada”, dirige una demanda contra los herederos de **Antonio Redondo**, para que saneen unas tierras que a su padre vendió el suyo, y que han resultado de menor cabida por estar ocupadas por otras personas. Después de múltiples rebeldías, y de que comparezcan en el pleito (*salgan a la voz*) otros ocupantes de las tierras objeto del contrato, el demandante alega que Antonio Redondo vendió en 1685 a su padre, **Diego Nieto**, para lo que presenta escritura de compraventa, una serie de tierras, que han resultado inciertas, es decir, ocupadas por terceras personas, que se niegan a desocuparlas. Pide al juez que se declare su dominio y que se le entregue la posesión, exigiendo además las rentas devengadas en el tiempo que ha transcurrido (una fanega de trigo por obrada y año). Y para que esto se pueda hacer en el proceso, es preciso que se llame a los herederos del vendedor *para que salgan a la voz y defensa de este pleito*. Dirige también la acción contra los posibles ocupantes de la tierras reclamadas. Se basa en que la tierra descrita en la escritura de venta, es la misma que tienen otras personas arrendada, sin título para poseer, sólo detentan la finca. Los demandados no hacen alegaciones, pero proponen y hacen prueba de testigos, lo mismo que el demandante. En sus alegaciones finales, la parte actora concluye, que él es el heredero del comprador, demostrando el hecho de la compra por medio de la escritura, además ha probado por testigos que la contraria se ha introducido en las tierras que no son suyas, existiendo un claro y evidente

¹⁹⁵ CHAN.VALL. P.A. 3782-4.

error en los linderos de las tierras. Los demandados ocupantes no han demostrado tener título para ocupar las tierras que ahora se les reclaman, que incluso algunos son renteros de un tercero que actúa como propietario. Por ley, los herederos de los vendedores están obligados al saneamiento, sin que pueda jugar el tiempo de prescripción de la acción. Por su parte, los demandados, piden que se les absuelva de la demanda y que se condene en costas a la actora. Se basan en que en todos los años transcurridos, nunca nadie les ha movido pleito, y que está probado que el demandante está labrando todas las tierras objeto del contrato. Considera además, que por tratarse de tierras de la **Santa Cruzada**, el pleito debería verse ante su Tribunal, o por lo menos con citación del Fiscal. No ha podido demostrar el demandante, por la prueba de los testigos, cuales son las tierras que están ocupadas, ya que los testigos contestan de oídas a lo que se les pregunta.

Decisión del Juez en primera instancia. El Corregidor, que es de Capa y Espada, y resuelve con ayuda de asesor, da sentencia condenando a los demandados, los herederos de Antonio Redondo, que poseen parte de las tierras, a que las saneen y hagan buenas a Pedro Sobrino, específicamente cuatro de las tierras que están numeradas en la escritura de venta, así como que restituyan los frutos y rentas. Absuelve a los otros ocupantes de las tierras.

Regulación en derecho de la cuestión. La compraventa es un contrato oneroso para ambas partes que contratan, perfeccionándose con el consentimiento de los contratantes.¹⁹⁶

El vendedor está obligado, entre otros actos, a entregar al comprador la cosa libre de todo embargo, *lo que en derecho común se llama prestar evicción y nosotros sanear o hacer sana la*

¹⁹⁶ El contrato de compraventa tiene su regulación fundamental en el título 5 de la Partida 5. Existen disposiciones reales complementarias, con carácter de Ordenanzas según el distinto comercio de los gremios, y sobre todo sobre las alcabalas; están dispersas en distintos títulos del Libro 5 de la Nueva Recopilación, y aparecen recogidas en el título 12 del libro 10 de la Novísima Recopilación.

cosa.¹⁹⁷ La obligación consiste en librar la cosa de posibles vicios o cargas anteriores al perfeccionamiento del contrato. Para ello, si el comprador es molestado, o llamado a juicio, hay que trasladar al vededor la reclamación, haciendo que se llame al pleito, pudiéndose reclamar además los daños y perjuicios que se hayan producido. Pero además, en la propia escritura de compraventa, los vendedores se obligan a hacer ciertas las tierras y a que no se le ponga al comprador *pleito ni mala voz*, comprometiéndose a salir a la voz y defensa, tanto ellos mismos como sus sucesores, para el saneamiento y evicción.

Motivos en los que se ha basado al decisión judicial. La sentencia del Corregidor da pocas pistas para poder iniciar un recorrido en cuanto a la base en que se ha apoyado el juez para hacer su argumentación y tomar su decisión, pues ni siquiera menciona que una parte haya probado mejor que otra. Pero sí tuvo que considerar probadas dos circunstancias fundamentales: una. El hecho de la compraventa de las tierras, cuya prueba era fácil dado que se aportó la escritura por el demandante y la parte contraria no opuso ninguna objeción, documento en el que expresamente los vendedores se comprometen, por sí y por sus herederos, a sanear las tierras en el caso de que estas resultasen inciertas. Y el otro aspecto que el juez debió valorar también como probado fue la realidad de que existían 4 de las tierras que la escritura de compraventa contenía, que estaban ocupadas por terceros, sin título para ello. Con estas dos circunstancias asentadas como ciertas, el juez sólo tenía que tener en cuenta la legislación, y dado que la ley venía imponiendo a los vendedores la obligación de sanear la cosa objeto de la venta, éstos, en las personas de los herederos del vendedor, debían responder de esa obligación, haciendo que quedasen libres las tierras que estaban ocupadas por terceros, y entregando al demandante la cantidad que se pedía por frutos y rentas, que era la de una fanega de trigo por obrada y año.

¹⁹⁷ JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pag. 208.

Motivos y alegaciones de la apelación. Contra la sentencia, en principio apela el demandado, pero después de haber pedido la Real Provisión Compulsoria para llevar los autos a Chancillería, y habérsele entregado, pasan cinco meses sin aportarla, y en este momento desisten y se apartan de la apelación. Casi un año después, el apelado/demandante se **adhiera** a la apelación, para pedir la condena de los demandados no condenados en primera instancia, es decir, los ocupantes de hecho de las tierras. El apelante/demandado, al que los oidores no le han tenido por desistido de la apelación, está dispuesto a entregar las tierras, incluso ofreciendo el pago de una cantidad. Ni en vista ni en revista, es decir, en apelación y suplicación, se admite la petición de revocación de la sentencia de instancia, confirmándose en las dos ocasiones. Desde luego que a los jueces de Chancillería no les cabían muchas cabilaciones, pues por un lado, el condenado en la sentencia estaba conforme con ella, luego no la impugnaba y no pedía que se modificase; y el demandante, que se adhiere a la apelación, es decir, utiliza el vehiculo del recurso iniciado por la parte contraria, para también impugnar la sentencia, pretende que se incluya en la condena a los ocupantes de las tierras, ya que en primera instancia nada se dijo sobre ellos; pero tampoco se podía incluir en el fallo pronunciamiento sobre esta cuestión, pues se estaba ejercitando la acción específica para exigir la evicción de las tierras, y esta acción se dirige contra los vendedores o sus herederos, no contra los ocupantes. Aparecen éstos en el pleito, por el método de salir a la voz, pero sin haber sido llamados expresamente; además, la acción que corresponde contra los ocupantes sería en todo caso una de las acciones protectoras de la posesión, es decir un interdicto de recobrar la posesión. Por todo ello, es por lo que los jueces no vieron la posibilidad de condenar a los ocupantes de las tierras a que las desalojasen, dejando esta obligación en manos de los demandados condenados, precisamente a ocuparse de que estas tierras se viesan libres para poder acceder a la posesión de las mismas el legítimo

propietario.

4º.- Pleito de tutela entre dos mujeres. Corregidor y Justicia Mayor de Pedro Manrique. 1772.¹⁹⁸ Josefa Martinez del Royo comparece ante el juez competente para pedir que se le nombre tutora de su nieta Antonia, que es menor de edad. La niña es hija de su hijo que murió hace más de un año, y desde entonces ejerce la tutela de la menor su madre, **Isabel de Velasco**, a la que accedió por nombramiento en el testamento del padre de la niña. La abuela basa su petición en que la madre de la niña se ha casado de nuevo, y según la ley pierde la tutela de sus hijos; tutela que por lo tanto le correpondería a ella como pariente más cercano, según el orden legal. El juez, una vez que se le ha demostrado mediante una certificación la existencia del segundo matrimonio de Isabel, da un auto nombrando tutriz de la menor y administradora de sus bienes a su abuela, Josefa Martinez del Royo. Pero en cuanto la madre de la niña se entera de la existencia de este expediente, pues no es un pleito propiamente dicho, comparece ante el juez oponiéndose al auto que se ha dado. Para ello utiliza distintos medios dilatorios, y se van aportando a los autos testamentos y diligencias particionales; la abuela insiste en que se le ha de entregar a la niña, pues la ley es clara en este aspecto, ya que presume malos tratos para la menor por parte de la madre, y además insiste en que se está en una causa sumaria y ejecutiva y no en un juicio ordinario, con lo que no caben oposiciones, teniendo que actuar el juez *ex officio nobile Iudex*, por tenerle encomendada la ley la protección de los menores. Se continúan aportando documentos, como escritura de dote, y finalmente la madre de la niña, actuando conjuntamente con su marido, formaliza su oposición, para la que se basa en dos aspectos; el primero es más jurídico y consiste en alegar que su suegra no liquidó a su hijo, el padre de la niña, la legítima

¹⁹⁸ CHAN. VALLA. P.A. 3325-1.

del padre, habiéndola administrado ella directamente, por lo tanto es deudora de su nieta, y esa circunstancia es motivo de quedar excluida de la tutela. Además, la madre alega un persistente y conocido mal carácter de Josefa, constando un trato hacia sus hijos duro y *áspero*. Todas estas alegaciones las hace en el marco de una demanda reconventional, con lo que se coloca a la actora en la posición de demandada. Ante estas manifestaciones, la abuela insiste en lo que tiene pedido, y dice estar dispuesta a dar las cuentas que se le exigen. Se mezclan en este asuntos diversos documentos particionales, escrituras de dote, testamentos y requerimientos, y además ambas partes hacen prueba testifical. Finalmente en sus resúmenes de pruebas, la demandante principal, Josefa Martínez, vuelve a pedir que se cumpla el auto que ya está dado nombrándola a ella tutora de su nieta, ya que la madre de la niña ha perdido la tutela que tenía dada por testamento de su marido, al haberse casado nuevamente; argumenta también que su situación económica es mejor que la Isabel de Velasco, con lo que la niña tendría mejores atenciones, y busca que se condene a su nuera a que se retracte de las expresiones infamantes que ha hecho contra ella, en cuanto a su mal genio y mal trato que dió a sus hijos. Se ampara en la ley y en lo que han declarado sus testigos, que son de mejor calidad que los de su contraria. Por su parte, la demandada y reconviniente, basa su argumentación en que la abuela es deudora de la menor, ya que ella misma así lo reconoce en la prueba de confesión, por lo que mientras no se haga el juicio de cuentas de la abuela, la niña debe permanecer con su madre, asistida de curador.

Decisión del juez en primera instancia. La sentencia no le debió resultar fácil al juez, pues adopta una solución *salomónica*: niega la tutela de la niña a ambas mujeres; a la madre por el nuevo matrimonio, y la abuela por estar deudora de su nieta: *por la versación de la herencia e inventario* y lo considera asunto *tan encargado por las leyes reales*. Para ello manda que se libren los despachos para hacer el inventario. Interinamente, mientras se resuelve la cuestión del

inventario y de la herencia que le corresponde a Antonia, se le nombra un tutor, que resulta ser un varón ajeno a la contienda..

Regulación en derecho de la cuestión. La institución de la tutela tiene en el derecho castellano matices que la diferencia de la originaria tutela romana; regulada fundamentalmente en el título 16 de la partida 6, existen en el resto de estas leyes disposiciones dispersas que afectan al cargo de tutor. Fundamentalmente la tutela tiene por finalidad la guarda y beneficio del menor, a diferencia de la romana que suponía un trasunto de la patria potestad; se concibe esta institución siempre como una protección para el menor, estando los jueces encargados de que no haya ningún menor huérfano sin tutor, e interviniendo de oficio en el control del ejercicio de su cargo por los tutores. Es la tutela una institución de “derecho necesario” por residir la suprema guarda de los huérfanos en nuestros Reyes, y sus magistrados, quien ha querido tomar bajo su amparo, celo y protección.¹⁹⁹Y siendo la tutela *un empleo, viril, público y personal*,²⁰⁰ están excluidas de su ejercicio las mujeres, admitiéndose únicamente como tutrices a la madre o a la abuela. Los menores tenían la condición de huérfano a la muerte del padre, aunque sobreviviese la madre, pues las madres no detentaban la patria potestad sobre sus hijos, únicamente podían llegar a ser tutoras. El acceso al cargo de tutor se daba por vía testamentaria o por nombramiento del juez, para lo que se seguía el orden legal para suceder; eran frecuentes los nombramientos testamentarios de tutela a favor de la madre. Pero la madre estaba condicionada para ser la tutriz de sus hijos a no casarse de nuevo, pues si lo hacía, se suponía que pone su afecto en el marido y no en el hijo, por cuyo amor se le admitió a la tutela, y por lo tanto

¹⁹⁹ JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pag. 5 y ss.

²⁰⁰ Ibidem.

pierde el derecho a ser tutora.²⁰¹ Dentro de las prohibiciones expresas de la ley para ser guardador de un menor está la de ser deudor de este menor,²⁰² cosa lógica, pues si la tutela se constituye con la finalidad de que la persona designada, además de guardar el menor en cuestión, ha de administrar sus bienes correctamente, difícilmente esta administración podrá ser coherente si el que administra, debe a su administrado.

En cuanto a la liquidación de los bienes hereditarios de la niña, que se corresponden a la herencia legítima de su abuelo y de unos tíos, vale la referencia hecha en el segundo de los ejemplos explicados.

Motivos en los que se ha basado la decisión del juez. En este caso el juez no tuvo fácil el hecho de tomar una decisión, pero no porque no estuviese la situación regulada con claridad en las leyes, sino porque debía negar las pretensiones a las dos partes, y llegar a una solución intermedia, como era la de nombrar a un tutor interinamente, mientras durasen las operaciones de inventario y partición de los bienes que formaban parte de la legítima de la niña, y que se suponía que Josefa debía haber entregado antes a su nieta. Las leyes no dejaban lugar a dudas que ambas mujeres estaban sujetas a prohibición para ser las tutoras de la niña, aunque la propia madre le había dado al juez el camino para una solución menos traumática para la menor, como era que le nombrase un curador interinamente, y mientras viviría con ella, situación que las leyes autorizaban; quizás el Corregidor adoptó la solución más aséptica, para evitar mayores tensiones entre las dos partes, que ya habían sido bastantes a lo largo del pleito.

Motivos y alegaciones de la apelación. La sentencia se apeló por Josefa Martínez, por considerar que le causaba gravísimos perjuicios a su honor. En la alegaciones que ambas partes

²⁰¹ P.P. 4y5. 16.6.

²⁰² P.P. 13.16.6.

hacen en Chancillería continúan afirmándose en sus posiciones; la madre exigiendo las cuentas a la abuela, y la abuela, sin negarlo, insistiendo en el hecho de que la madre se ha vuelto a casar, por lo que ha perdido ex legem la tutela testamentaria de la hija. En el recurso sólo hay sentencia de vista, en la que se confirma la dada en primera instancia por el Corregidor de Pedro Manrique, y a continuación aparece un auto declarando esta sentencia pasada por autoridad de cosa juzgada. Había pasado un año y medio desde la primera sentencia y tres años desde que Josefa inicia su reclamación. Nada se sabe de la situación real de la menor, aunque hay que pensar, que dado que la sentencia de instancia no era firme, siguió viviendo con su madre, y una vez declarada cosa juzgada la sentencia de apelación, habría que saber cual era el estado de las cuentas que la abuela debía rendir a su nieta sobre los bienes que le correspondían de la legítima de su padre.

Hasta aquí la explicación de la manera real que se formaba, se creaba y se decía una sentencia: en esta última decisión del juez, en este juicio definitivo sobre las cuestiones que se hubiesen planteado a lo largo del proceso, se contenían, no sólo el conocimiento de los hechos que tenía el juez, y que consideraba que estaban probados, sino la aplicación del derecho que sobre ellos existía, para poder llegar a la conclusión que se producía en forma de decisión, que las partes debían acatar por la propia fuerza obligatoria de toda sentencia dada en juicio por juez competente: Las garantías procesales entraban a formar parte de la propia substancia de la sentencia, al suponer un elemento sustentador de la fuerza vinculante de las decisiones judiciales.

CONCLUSIONES A LOS CAPÍTULOS

CAPITULO I.- LOS PLEITOS CIVILES. IDEAS Y PRECISIONES GENERALES.

PRIMERO.- Para estudiar los pleitos civiles que se sustanciaban y fallaban en Castilla en el siglo XVIII es necesario valerse de categorías y conceptos actuales. En aquel momento histórico la ciencia jurídica se limitaba al análisis y proyección de aspectos materiales o formales del proceso, situando su estudio en el marco del derecho general. Es decir, no existía ni un derecho procesal, ni una ciencia del proceso o procesalista. De ahí, que para poder conocer jurídica e históricamente los procesos privados castellanos, se haga necesario aplicar conceptos y elaboraciones posteriores, para proyectarlos en el mundo y en la mecánica procesal en la que se movían los pleitos. Se puede hablar entonces de un concepto de proceso privado, de su naturaleza jurídica, de sus fines y sus funciones; de los elementos personales que lo integran y de sus límites. Desde esta aplicación de categorías actuales, el análisis se puede conocer y entender más completo y sistemático.

Por otro lado es importante tener siempre en cuenta que la articulación del proceso estaba vertebrada, en el periodo anterior a la Codificación, en tres estructuras que discurrían paralelas, pero que en algunos momentos eran confluyentes. Nos referimos, por una parte, al derecho legislado, concretamente a la Tercera Partida y normas reales posteriores; junto a esta fuente de creación del derecho del proceso, se formó y desarrolló desde el siglo XIII el ingente e

hipertrofiado cuerpo doctrinal cuyo núcleo matriz fue el Derecho Común y su estudio. Pero con la misma fuerza que estas dos bases reguladoras del proceso, y conviviendo e interrelacionándose con ellas, se fue formando la práctica y usos de los tribunales, que no sólo fue determinante para la formación y desarrollo del proceso en este momento histórico, sino que su peso específico hizo que los usos forenses pasasen a formar parte del derecho codificado en el siglo XIX, adquiriendo así valor y sanción de ley. Se debe considerar por lo tanto a la práctica judicial como una fuente del derecho , y al mismo tiempo como un vehículo de modificación de las normas y de los planteamientos. En su divulgación y afianzamiento vinculante colaboró también la doctrina, asumiendo muchos de estos usos y a su vez divulgándolos; los autores jurídicos, que desde el siglo XVII habían ido adquiriendo matices de “prácticos” fueron uno de los cauces de expansión de la práctica y el estilo de los tribunales.

Se puede decir que, después de **Las Partidas**, la evolución del proceso dependió fundamentalmente de la doctrina y de la práctica, ya que la legislación posterior tuvo un carácter más complementario que sustancial. Las normas de derecho real estaban dirigidas a regular aspectos no esenciales del proceso, sino más bien con intenciones de control de la actividad jurisdiccional corrigiendo las disfunciones que se iban produciendo.

SEGUNDO.- Definición de proceso privado. Confusión terminológica. Para poder confeccionar una definición del proceso privado que estaba vigente en la legislación, en la doctrina y en la práctica del siglo XVIII , hay que manejarse dentro de parámetros conceptuales que se han elaborado con posterioridad, pero en cualquier caso, la aproximación con la realidad histórica se hace desde los propios elementos integrantes de la definición.

1º.- Se concibe el proceso como un **instrumento** de la **función jurisdiccional** de la Monarquía, mediante el cual, las instituciones de justicia, y los oficiales reales que las integraban, hacían

efectiva la **protección del ordenamiento jurídico** y de los **derechos de los particulares**.

2º.- Al mismo tiempo, se puede decir que el proceso se entendía como un **conjunto de actos** interdependientes y coordinados de las partes y del órgano jurisdiccional, actos que se realizan dentro de un marco jurídico.

3º.- Además, no hay que olvidar que el proceso privado está encuadrado en el marco de la **justicia rogada**, en la que el juez no tiene más tareas que conceder o denegar lo que le pedían las partes, conforme a derecho, y emitir un juicio que resulta vinculante para todas las partes en el proceso.

En cuanto a **los términos empleados** por el legislador y por la doctrina, tanto la teórica como la práctica, se puede hablar de indefinición y confusión. Se utilizaban indistintamente juicio, proceso, pleito, negocio, causa o expediente, por lo que conviene hacer una precisión en cuanto al objeto del estudio. Mientras que causa o proceso eran utilizados con mayor frecuencia en el ámbito del proceso penal, y expediente estaba reservado para los asuntos gubernativos, queda la idea de juicio con un sentido muy amplio, pues se entiende tanto como el conjunto de actos procesales, como el resultado final del proceso. Por los propios autores contemporáneos se admitía que cuando se trataba de negocios civiles se utilizaba la denominación pleito con mayor frecuencia. De ahí que finalmente se haya optado por referir el presente estudio a los pleitos civiles, pues es la terminología que se aproxima en mayor medida a la utilizada en el siglo XVIII, sin dejar de tener presente siempre la variedad terminológica.

TERCERO.- Delimitaciones sobre la naturaleza jurídica del proceso: proceso público y proceso privado. Separación entre proceso civil y proceso penal. Para toda la doctrina jurídica, desde el siglo XIII hasta el XIX, la *institución jurídica* del proceso tenía el mismo valor

que en Roma tuvo la *litis-contestatio*. Esta teoría basaba la esencia del proceso en una idea contractualista por la que los elementos personales en el proceso, juez y partes, se obligaban a llevar a cabo las actuaciones procesales necesarias hasta llegar a la sentencia sometiéndose a ella. Con el tiempo y el fortalecimiento del poder real, este acuerdo puro de voluntades queda desvirtuado, pues con el ejercicio de la jurisdicción el proceso atraviesa sus límites privatistas y pasa a situarse en la esfera de lo público. Pero esta situación en el marco del derecho público no le desvincula de los planteamientos romanistas y privatistas que le fueron esenciales en sus comienzos. Desde ahí se da una “convivencia” entre lo público y lo privado, entre el *ius cogens* de la jurisdicción y el *ius dispositivum* de las partes. Se interrelacionan el ejercicio jurisdiccional, lo público, con el poder de disposición que las partes mantienen sobre la marcha y desarrollo del proceso, lo privado. Lejos ya de buscar la explicación de la esencia en la *litiscontestatio*, la doctrina busca otros caminos, tales como la teoría del *cuasicontrato* para mantener las posturas propias del derecho privado y mantener el criterio de que el proceso depende de la voluntad de las partes; es así para su inicio y su impulso. El proceso se inicia por impulso de la jurisdicción, y si las partes no lo impulsan no llega a finalizar. La línea divisoria que separa lo público de lo privado en el proceso, no estaba muy definida en el siglo XVIII, ni las opiniones tampoco eran muy coincidentes. Para la doctrina clásica del derecho, es decir, la formada en el Derecho Común, los elementos privatistas en el proceso eran muy poderosos, mientras que para pensadores jurídicos más instalados en el racionalismo, la jurisdicción con la que intervenía el juez le daba un valor de derecho público innegable, y era de este carácter público de donde nacían las obligaciones procesales (comparecer, decir verdad). Se puede resumir diciendo, que el proceso es público para la Monarquía y para los pensadores ilustrados, y se mantenía dentro de lo privado para la doctrina más clásica formada en el derecho Común.

Hasta aquí estamos hablando del proceso civil o privado para fijar su naturaleza, pero anterior a este momento, se partía de una situación distinta para definir lo público y lo privado en el proceso en general. Desde la Baja Edad Media se contraponían **proceso publico/proceso privado**, pero no se partía para esta distinción de su esencia jurídica, sino que se fue estableciendo la diferencia por el **objeto**. Desde la evolución procesal, se considera que el proceso penal es un proceso público y que el proceso civil lo es privado. Si para el proceso criminal su objeto son los delitos y su castigo, como un control y represión de actitudes sociales amenazantes, para el proceso privado, o civil, este objetivo se traduciría en la solución de conflictos entre particulares. Más adelante, para los juristas del siglo XVIII, la diferencia está más en el fin que en el objeto de cada uno de los dos tipos de procesos, y así el fin del proceso criminal es la venganza pública, mientras que en proceso civil sería la utilidad e interés de los particulares.

Esta distinción de las dos vertientes del proceso, la pública o penal, y la privada o civil, nos sitúa en otra de las cuestiones de interés en lo que a la definición de márgenes y contenido del proceso civil se refiere. La separación entre proceso penal y proceso civil parte de una cierta confusión en la legislación y en la doctrina. Las leyes reales que regulan el proceso lo hacen desde una óptica general, sin que hagan específica distinción sobre el carácter de las disposiciones, relegando normas específicas al proceso criminal en los mismos títulos de las leyes en los que tratan de los delitos. Actualmente la historiografía está de acuerdo en admitir el origen común de ambos procesos. El punto de inflexión del que parte la diferenciación posterior está en la iniciación por las partes de la mecánica procesal, reservándose para el ámbito penal aquellos procesos en los que los jueces podían intervenir *ex officio*. De esta diferencia parte la evolución hasta configurar dos sistemas procesales distintos, que mantienen hasta la

codificación técnicas y planteamientos comunes, considerándose el proceso civil común como la matriz de todas la figuras procesales, a partir del cual se produce la nuclearización del proceso penal. La fijación de ambos tipos procesales se va haciendo por, la vía de la excepción, que fija los límites del proceso penal. En resumen,

1.- Desde Las Partidas hasta la Codificación, no hay una regulación diferenciada para los procesos civiles y criminales, salvo algunas normas específicas para los últimos. Se regula un proceso tipo con profundas raíces canónicas, del que se irá desprendiendo el proceso penal.

2.- La actividad legislativa fue más exhaustiva y completa para el proceso privado.

3.- El proceso penal está regulado en los títulos que se refieren a los delitos y su castigo, como un apéndice procesal.

4.- Las normas civiles tienen carácter supletorio para el proceso penal.

CUARTO.- Características del proceso.

1º.- Por su contenido. La pretensión procesal se dirige a solucionar un conflicto, mediante la petición de que la jurisdicción se ponga de manifiesto. A partir de ahí está presente la idea de contienda o discordia entre partes, como una situación irreversible y devastadora, pues una vez iniciado un pleito ya no caben conciliaciones, y el desgaste personal y económico al que se ven sometidos sus participantes estaba presente en la conciencia de los castellanos. El refrán *en pleitos te veas y que los ganes* sintetizaba un cierto sentir catastrofista y poco apaciguador.

2º.- Los fines del proceso. Serían de dos tipos. Un fin inmediato, que supone la defensa y protección del ordenamiento jurídico privado, y un fin mediato, como sería la protección de los intereses de los individuos.

3º.- Funciones del proceso: la efectividad de la protección de los derechos de los particulares y de la justicia. El sistema jurídico e institucional de la monarquía ponía a disposición de los

súbditos los medios para proteger su derecho personal lesionado, con lo que se están sentando las bases para que la protección sea efectiva. Aunque no se puede decir que en el siglo XVIII existiese un sistema garantista en el medio procesal, sí desde el siglo XV se habían ido configurando una serie de aspectos, que partiendo del humanismo, pretendían dar al proceso matices de control de los posibles abusos de los jueces. Era el arbitrio judicial ilimitado el que estaba en cuestión, y no sólo de manera formal, a través de el rigurosismo procesal, sino también en los contendios de las normas y de las peticiones de Cortes. Se trataba de proteger el bien común y el derecho de las partes, como ya se indicaba en los capítulos para Corregidores de 1500. Son por lo tanto los derechos de los particulares los que están en los fines de la justicia, y la función de sus órganos es protegerlos en el propio cauce del proceso.

QUINTO.- Los actos procesales. Las formalidades y sus consecuencias.

El proceso está sujeto a unas reglas formales que le confieren matices específicos. La regulación de los trámites, los términos y los tiempos hábiles, hacen que el proceso sea una actividad muy reglada y sujeta a parámetros de tiempo muy concretos. Pero además, el proceso se divide en fases que se articulan mediante nudos, y sobre todo los actos procesales están muy sujetos a formas y solemnidades establecidas. **Las formas procesales** tienen un origen romano-canónico, y pueden entenderse como un requisito intrínseco del acto procesal, cuando suponen una garantía (es lo que ocurre con las formas exigidas para emplazar al demandado o para la realización de la prueba de testigos), o se puede tratar de formas procesales superfluas. En general, a la excesiva presión de las formalidades en el proceso se le considera como la causa del **exceso y complicación de los pleitos**, pues suponen el origen de actuaciones innecesarias, lo que conlleva una duración y extensión anormal de los pleitos (un ejemplo son las exigidas sucesivas declaraciones de rebeldía o la reiteración de las recusaciones que implica la utilización

innecesaria y dilatoria de formalidades). Este tipo de exigencias formales en el proceso, no tiene en principio una motivación lógica, sino que son la consecuencia de los malos hábitos de la práctica forense, plasmada en elaboraciones de estilo y en usos convertidos en norma. Por otra parte, no hay que olvidar la influencia de las motivaciones económicas en este tipo de usos dilatorios y excesivos; la existencia de profesiones y oficios cuya fuente de ingresos estaba en la abundancia de actos procesales, y que hacían directamente proporcionales los beneficios con el número y complicación de las actuaciones, fue una de las causas de que las exigencias de forma se convirtieran en vehículos para agrandar sus ingresos. No hay que olvidar las complicaciones de la documentación procesal, con su extensión y reiteración innecesaria, que derivó en un lenguaje oscuro y repleto de cláusulas de estilo y de rigurosidad expresiva. La monarquía nunca fue ajena al problema y legisló para evitar que la situación continuase siendo el cauce por el cual los profesionales del foro actuaban dilatoriamente en detrimento de los interesados en los pleitos. En el **Ordenamiento de Alcalá** se dió una disposición, la ley 1 del título 12, por la que el juez debía dictar sentencia según la verdad probada *aunque desfallezcan las solemnidades*. La práctica vino a interpretar esta norma como referida exclusivamente a las solemnidades consideradas como no esenciales, aunque siempre hubo actitudes críticas que consideraban la práctica procesal como el arte de “enredar y de complicar un litigio”. Se puede decir, finalmente, que estaban los actos procesales sujetos a determinados requisitos de forma, unos sustantivos y otros utilizados como una magnificación de formas superfluas en beneficio de determinados sectores del foro, lo que supuso la evidente y admitida complejidad y excesividad procesal.

SEXTO. Ineficacia de la Administración de Justicia. En el siglo XVIII las voces críticas al sistema de administrar la justicia, fueron definiendo una situación que se alejaba de los resultados que se pretendían obtener con el hecho material de hacer justicia. Lo cierto es que lo que existía

no satisfacía a casi nadie, aunque los autores prácticos continuasen resaltando las alabanzas del sistema procesal y de sus formas, pese a ello, estos mismo autores daban sus consejos prácticos desde una posición crítica del sistema, admitiendo sus fallos y proponiendo soluciones de hecho para evitarlos y paliarlos. Por otro lado, no hay que olvidar la trayectoria de la literatura a cerca de los comentarios que autores como Francisco de Quevedo, Torres Villarroel, Jose Cadalso, José Blanco White, Mesonero Romanos hicieron sobre los vicios y disfunciones de la justicia y sus oficiales, comentarios irónicos y destructivos que transmitían el sentir general de lo que la justicia suponía para los administrados. Pero pese a ello, los castellanos formaban una sociedad intrínsecamente pleiteadora, consecuencia de su fraccionamiento estamental y corporativo, que les arrastraba a pleitos interminables, absurdos y costosos.

En la práctica de los pleitos que los castellanos ventilaban ante la Justicia a finales del Antiguo Régimen, se pueden observar dos niveles de eficacia. En general, los asuntos que se planteaban ante los jueces inferiores, Alcaldes y Corregidores, se resolvían en unos tiempos y formas razonables, no excesivamente dilatadas, que no superaban el año en la tramitación media, aunque desde luego, siempre era un tiempo superior al previsto en las leyes; por otro lado, en estos asuntos, las dilaciones pocas veces eran imputables al órgano per se, pues su actuación estaba casi siempre condicionada a las peticiones de las partes que eran los verdaderos motores de las dilaciones. Por el contrario, en la llamada justicia superior, es decir, en las Cancillerías y Audiencias y en el Consejo de Castilla, los tiempos muertos imputables al órgano eran mucho más elevados; las cargas de trabajo de estos tribunales eran proporcionalmente mayores que en los órganos unipersonales, y aunque precisamente los trámites de los recursos eran muy inferiores a los de los procesos, éstos esperaban, hacia la mitad del siglo XVIII hasta dos años para ser vistos por la Sala. Es posible que la imagen pública de la Justicia en aquel momento

fuese la derivada de estos organismos por ser los más relevantes, de ahí que se actuación fuese la más tenida en cuenta a la hora de hacer valoraciones.

Las críticas de los Ilustrados a la situación de la Justicia se hacían desde perspectivas muy similares. Se comenzaba haciendo una enumeración de los errores o vicios del sistema sobre los que se proponían las posibles soluciones, que en la realidad no pasaron de ser meras intenciones, sin llegar a plasmarse en realizaciones concretas. Las posiciones desde las que hacían las críticas, y el contenido de las mismas eran muy similares en la mayoría de los autores, por lo que se puede hacer un **catálogo**.

1.- exceso de leyes. La acumulación y yuxtaposición del sistema legislativo castellano le confirió una evidente falta de coherencia interna; además, cuando los juristas se referían a las leyes, no lo hacían exclusivamente al ordenamiento del derecho real, o lo que se podría denominar derecho positivo, sino que se referían a todo el cuerpo del derecho común, al que consideraban de aplicación directa a las controversias y situaciones que se habían de resolver en los pleitos. De ahí que la dificultad de la aplicación del derecho se convirtiese en un elemento más de complicación de la situación: el fárrago del mundo legal era, en sí mismo, un elemento desestabilizador del sistema judicial.

2.- exceso de autores y de opiniones jurídicas. Los métodos escolásticos de estudio y desarrollo del Derecho Común, tuvieron como consecuencia un exceso de opiniones y una nebulosa de interpretaciones, que producían una sensación de confusión aun mayor que el exceso de las leyes, pues las doctrinas eran más variables y versátiles que la legislación o las normas fijas del derecho. La diversidad de opiniones hacía de su manejo un verdadero laberinto. La crítica se hace porque a las formulaciones doctrinales se les da valor de ley y se aplican como tal. La consecuencia de esta situación es el hecho innegable que la confusión de opiniones contribuyó

a ralentizar los pleitos, complicándolos y generando nuevos e interminables litigios.

3.-excesivo número y duración de los pleitos. El castellano siempre vivió el litigio con caracteres de desastre, pero al mismo tiempo convivió con una tendencia social al litigio. Indudablemente, la sociedad castellana nos aparece en toda la Edad Moderna, como una sociedad pleiteadora. Las causas de la situación seguramente que fueron varias: desde el hecho de ser una sociedad corporativa y fraccionada, hasta la “profesionalidad perversa” de letrados y oficiales reales, pasando por una cierta dificultad para solucionar los problemas de una forma endógena, que hacía que se buscara su solución fuera del ámbito estricto de la privacidad. Se podría decir que la idea de enfrentamiento está en la propia raíz de los pleitos, ya que su origen es en sí mismo una contienda.

Pero además de ser muchos, los pleitos se hacían largos. Eran dilatados de forma absoluta, pues existían contiendas, no las más frecuentes desde luego, que duraban décadas; y duraban en exceso en relación con los términos legales, pues según los tiempos de las leyes, se deberían de resolver en tiempos mucho más inferiores. Era una realidad que estaba en las conciencias de los contemporáneos y que la valoraban negativamente. Nuevamente, las causas de esta situación también eran varias. Las actitudes de los litigantes, como un elemento subjetivo configurador de la situación, hacía que las intenciones de litigar fuesen más allá de las valoraciones puramente jurídicas, ya que se entrecruzaban sentimientos y deseos personales; y una vez puesto en marcha el litigio eran capaces de llevarlo hasta el total antagonismo, agotando medios de prueba y recursos posibles. El exceso de trámites procesales, como ya se ha dicho al referirnos a las formalidades en el proceso, fue un determinante fundamental y objetivo del hecho de la duración excesiva en los trámites de los pleitos. En este caso el problema no está en la ley ni en las actitudes subjetivas, sino en la forma de actuar los profesionales del foro, buscando, por

encima de la eficacia, el beneficio personal. En toda esta situación, era un factor de apoyo la propia actitud de los jueces, ya que con su dejación estaban colaborando para no frenar la dilaciones que provenían de la partes.

SEPTIMO. Líneas de evolución y de fijación en el proceso civil. El proceso civil castellano en el siglo XVIII era la consecuencia de una evolución de siglos, en la que se habían ido integrando diversos factores, tales como el derecho común, el derecho real, los derechos locales y la práctica procesal. A partir de ahí, se puede hablar de dos grandes bloques de influencia:

La doctrina y la jurisprudencia

La práctica de los tribunales

ambos interrelacionados y dependientes entre sí, pues las injerencias e influencias eran mutuas. Para estudiar el proceso civil, es de vital importancia conocer su evolución, pues es trascendental el hecho de que la codificación recogiese la situación inmeditamente anterior, dándole rango de ley y transmitiéndola hasta mantener actualmente su vigencia.

Desde la situación anterior a la recepción del Derecho Común, en la que las cuestiones privadas se resolvían entre las partes y ante la Asamblea, se evoluciona hacia la participación de lo público en el proceso privado, mediante la intervención del juez, que a través de la jurisdicción está actuando desde el propio poder real. Posteriormente, desde el siglo XIII, el Derecho Común viene a aportar formas rituarias y actos procesales complejos, que suponen la desaceleración en el desarrollo de un sistema procesal que había resultado más ágil y eficaz. Desde este momento, se impone el *sagrado orden de los juicios*, dando al proceso en general matices de lentitud y complicación, por una exageración del formalismo. De esta manera, el proceso privado se convierte en un complejo instrumento, que aunque se le suponía controlado por el poder de los jueces, las partes lo manejaban a su antojo.

OCTAVO. **La cuestión de los juicios plenarios rápidos.** La aportación procesal del derecho común procedía fundamentalmente del proceso canónico, que a su vez suponía un reutilización del proceso romano, en el que las solemnidades estaban presentes con una cierta fuerza; este *orden judicial solemne* resultaba de difícil aplicación a algunos casos de no mucha trascendencia. Desde ahí se plantea la disyuntiva orden solemne/forma procesal simplificada. Esta forma procesal simplificada, surgida paralelamente en las ciudades italianas por vía estatutaria y en el seno del derecho canónico (*Saepe Contingit*), pretende un proceso oral, rápido, poco tecnificado y de cognición plena. Pero la cuestión no se resume únicamente a la simplificación, sino que tiene dos vertientes: de un lado está la necesidad de abreviar los plazos y reducir las formas, y de otro no dejar de lado el control del posible absolutismo judicial, como una utilización abusiva y arbitraria de la discrecionalidad. El documento pontificio, la llamada *Clementina*, recoge una serie de principios que está informando esta transformación en el seno del proceso canónico: se libera la *litis-contestatio*, se limitan las apelaciones interlocutorias, se cortan los plazos y los tiempos; al juez se le otorga un mayor poder para repeler actitudes superfluas, y se intenta una supresión general de las formalidades no esenciales. Pero esta respuesta al exceso de formalidad surgida precisamente en el seno del proceso canónico, que tanta influencia tuvo para el derecho procesal castellano, no llegó a penetrar con fuerza en la práctica y en la legislación del proceso. Se atisban tímidos intentos en **Las Partidas** cuando se introduce un tipo procesal para reclamaciones pequeñas; en las **Leyes de Toledo** de 1480, y para evitar que llegase a los tribunales cuestiones de poca importancia que suponían un obstáculo para el desarrollo normal de sus funciones, se regula que los jueces podrán fallar simplemente, “de plano y sin estrépito y figura de juicio”, solamente sabida la verdad. Esta posibilidad de suprimir trámites que resultarían superfluos si el juez ya se ha formado su convicción, no se confundiría con la

sumariedad, que implica una especialidad por razón de la materia y de los intervinientes y en la que está ausente la cognición plena; por otro lado, la liberalización judicial a la hora de tomar una decisión, estaba suponiendo una desvinculación del juez al derecho y la posibilidad de que el absolutismo judicial tuviese más fuerza que la ley. Por lo tanto, la simplificación de determinados procedimientos pretendía la agilización de la justicia en un determinado ámbito, el de las pequeñas reclamaciones, pero no llegó a establecerse en el sistema hasta el punto de servir de referencia o contrapunto al proceso ordinario, perviviendo hasta su integración en la Codificación.

NOVENO.- Trascendental influencia del Derecho Común. El Derecho Común fue la base sobre la que se montó la estructura procesal castellana. Determinó la forma de trabajar de los juristas y la práctica de los Tribunales, y condicionó el derecho del proceso. Surgido en el medio universitario, en torno al derecho romano clásico, se fue formando con elementos canónicos y feudales, hasta su difusión y expansión en los reinos europeos. En Castilla la vía fundamental para la recepción de este cuerpo de derecho homogéneo y sistemático, fueron las universidades, pero en cualquier caso, su incorporación a la legislación no se hizo de una forma pacífica. **Las Partidas**, fueron el vehículo legislativo, y su aplicabilidad no quedó clara hasta el Ordenamiento de Alcalá, aunque a lo largo de toda la época moderna, suponían el derecho real tenido en cuenta de forma mayoritariamente por los juristas. Estos juristas cuyo sistema de trabajo trascendió al campo de la ciencia jurídica, para traspasar la línea de la práctica judicial, de ahí que estuviese condicionada por los métodos de los juristas del *ius commune*, en la forma de alegaciones y argumentaciones. Este condicionante dió lugar a un sistema formalista e inflexible que influyó en todo el sistema procesal.

Desde el siglo XV, la incidencia del *mos italicus tardio* dió lugar a una importante

hipertrofia del casuismo y a un desprecio por las normas generales. En el siglo XVI aparecen los autores sin formación universitaria, comenzando el género de literatura jurídica práctica, pues se aprecia una mayor preocupación práctica que dogmática; en el XVII es evidente la decadencia de la literatura jurídica de carácter romanista. En el XVIII está muy definida la literatura jurídica práctica, pero al mismo tiempo se configuran los límites del enfrentamiento entre derecho romano y derecho real. Quizás lo más trascendental de este momento sean las críticas ilustradas, antidogmáticas y reformistas, pero no rupturistas. Al mismo tiempo se continúan editando obras jurídicas del siglo anterior y aparecen obras con una clara intención sistematizadora.

Aunque los métodos y enseñanzas del Derecho Común desaparecen con el siglo XIX, se puede hablar de una permanencia de su contenido, pues el derecho sustantivo privado es heredero del derecho romano (regulación de las obligaciones y contratos, derecho de familia, derecho sucesorio), y el derecho procesal, como parte del proceso romano canónico, pasó a integrar la leyes de ejuiciamiento.

Dentro de lo que se puede considerar como influencia del derecho común, no se pueden dejar de tener en cuenta el peso del pensamiento y forma de trabajar de los juristas en determinados aspectos del proceso. Se detecta su presencia en los momentos procesales de las alegaciones, sobre todo las finales, por la forma de formularse los argumentos. Parten estos de una posición dialéctica, con una fijación del objeto de la contienda; en el fondo de la argumentación, más que buscarse una razón de derecho, se busca una postura respaldada y reforzada por argumentos de terceros, con un profusión desmesurada de citas y autores. Este sisema de argüir, vino a condicionar la forma de escribir en derecho y del lenguaje de los juristas.

En resumen, el derecho Común supuso la implantación de un nuevo sistema procesal que permanece durante siglos, configurando las formas y los hábitos procesales hasta conseguir una

imagen de lentitud y complejidad.

DÉCIMO.- Voces críticas contra el derecho Común. Criticado ya desde el siglo XVI por su excesivo casuismo, las voces disonantes se hicieron oír con mayor claridad desde el racionalismo de la Ilustración. En este momento, la base de las críticas era la litigiosidad excesiva, pues la variedad de doctrinas a aplicar se ponía en relación directa con el excesivo número de los pleitos y sus complicaciones y dilaciones. Se discute que el derecho romano pueda ser aplicado a distintos tiempos y sociedades para las que fue creado. El derecho común se valora desde un punto limitado de erudición y acumulación de conocimientos, y se perfilan las críticas haciendo una enumeración de sus exceos (tratar la esclavitud) y sus defectos, pues no regula materias jurídicas que son creaciones posteriores (los bienes gananciales). Consideran los ilustrados que con la enseñanza exclusiva del derecho común, no se estaban enseñando los principios y normas que los juristas se van a encontrar en la práctica, además, la influencia que la doctrina llegó a tener en la forma de escribir los juristas, se valoraba negativamente, por su complicación, y sobre todo por el hecho de que fuese un determinante en la toma de decisiones de los jueces.

UNDÉCIMO.- Elementos canónicos que integraban el proceso privado. Desde el Derecho Común, para el proceso privado se partió de dos vertientes de influencia: el Derecho Romano sentó las bases sobre la jurisdicción y la potestad de las partes, la acción y el arbitrio judicial; y el Derecho Canónico determinó el perfil del proceso privado castellano. Veamos cuales fueron estas líneas de influencia canónica.

1.- el principio de escritura impuesto al de oralidad vino a suponer una complicación y un alejamiento juez/partes e incidió en la lentitud y en el encarecimiento procesal.

2.-mediatividad el juez. Se permite que los jueces deleguen determinadas actuaciones (jueces delegados, escribanos comisionados), y en la práctica de las pruebas la inmediatez del juez no

está presente.

3.- se limitan el impulso procesal y la dirección del juez, consolidándose el principio dispositivo de las partes.

4.-se fijan y consolidan las fases procesales preclusivas, matizándolas la práctica

5.- configuración de la fase inicial mediante la demanda, la citación y la contestación, haciéndose por escritos firmados por abogado y procurador; el otorgamiento a la citación de requisitos formales y la litis-contestatio.

6.- se establecen las pruebas legales y tasadas, lo que supuso un complejo entramado que condicionó la decisión de los jueces.

7.-se configuran las decisiones finales y los recursos, tales como los autos interlocutorios; las apelaciones nacen como una garantía de control de la actividad de los jueces, y se convierten en un instrumento de dilación en manos de las partes.

8.- los aspectos accesorios al proceso (justicia para pobres, intervención de procuradores) se formaron a partir del derecho canónico, interviniendo en la formación de un modelo práctico.

DUODÉCIMO.- Las partes que intervienen en el proceso. Se puede decir que en todo pleito ha de haber tres intervinientes esenciales, sin los que no puede darse la situación procesal y que son el juez, el demandante y el demandado.

1.- Los jueces, actuaban con la potestad derivada de la jurisdicción para juzgar y sancionar conductas, integrada dentro del poder de la Monarquía. La jurisdicción ordinaria era la ejercida por jueces y tribunales nombrados por el Rey o su Consejo; en toda la Edad Moderna se hizo uso y abuso de la jurisdicción delegada. Las competencias jurisdiccionales estaban definidas por territorios y por materias, dentro de un juego de normas y privilegios.

2.-las partes procesales, son los elementos personales ajenos a la jurisdicción. El actor o

demandante es la persona que ejercita la acción y pone en marcha el proceso. Ha de tener capacidad para comparecer en juicio y está sujeto a prohibiciones y limitaciones legales; en el caso de que sea una persona menor o que carezca de capacidad, ha de comparecer representado por un *curador ad litem*. El demandado es la persona contra la que se pide, y se ve afectada por los mismos requisitos y circunstancias que el actor.

3.-personas que colaboran en los pleitos, sin que su intervención tenga carácter de esencialidad.

Los procuradores actúan en representación de las personas que son parte en el proceso y gestionan la marcha procesal en interés de sus representados.

Resumiendo estas ideas generales, y para hacer una concreción, hay que decir que el **proceso privado castellano, a finales de la época moderna, era el instrumento mediante el cual se resolvían los conflictos derivados de las relaciones privadas. Controlado por la jurisdicción, participaba de un cierto carácter público, pero al mismo tiempo el inmenso poder de disposición que sobre su desarrollo tenían los intervinientes procesales le confería fuertes matices privatistas. En su evolución y configuración definitiva, que por otra parte es la que recogió la Codificación, entraron a formar parte elementos diversos: el derecho real, el derecho común, la doctrina y la práctica de los tribunales. Es decisiva la influencia que sobre el proceso civil tuvo la aportación canónica y romanista del derecho común: el predominio de la escritura sobre la oralidad, la organización de los tiempos y las fases procesales, el sistema de recursos, y las formalidades fueron elementos determinantes en la configuración de los pleitos. Consecuencia de todo ello, es un sistema procesal complejo, fuertemente determinado por las formas, que llevado a extremos inadecuados por la práctica de los tribunales hizo que la administración de justicia castellana resultase ineficaz para el cumplimiento de sus fines, como era defender el ordenamiento jurídico privado y**

los intereses de los particulares, pues resultó lenta y complicada. Los pleitos eran excesivos y muy lentos en resoluciones, resultaban costosos para las partes en el litigio, pero al mismo tiempo eran una fuente sustancial de ingresos para los profesionales del foro y para determinados oficiales reales. Pero pese a las dificultades y los defectos, suponían el único medio para poder solucionar los problemas derivados de las relaciones jurídicas que se desarrollaban en el ámbito privado, por lo que, ya fuese su resultado mejor o peor, era el único instrumento efectivo con el que se podía contar.

CAPITULO II.- IA JURISDICCIÓN REAL ORDINARIA CASTELLANA A FINALES DEL ANTIGUO RÉGIMEN.

PRIMERO. El estudio de las instituciones y órganos que integraban la Administración de Justicia castellana en las últimas décadas de la época moderna, se va a intentar hacer desde la óptica desde la que esta administración aparece como un sujeto activo, teniendo siempre presente que nos movemos dentro de un sistema complejo, formado por un conglomerado de órganos resultante de una superposición de instituciones que evolucionó y se modeló a lo largo de cinco siglos. La actividad de hacer justicia hay que entenderla como un auténtico ejercicio del poder, y al mismo tiempo, como un deber inherente a ese poder, siendo precisamente la justicia el objeto de lo que se podía entender como una tarea del gobierno.

SEGUNDO.- Rasgos característicos de la Administración de Justicia castellana.

1.- Unidad de poder, lo que implicaba una cierta confusión de funciones en el seno de determinadas instituciones con la consiguiente indefinición de los límites en cuanto a la condición de las actuaciones.

2.- Coexistencia de distintas jurisdicciones con la jurisdicción real como eran las jurisdicciones señoriales y privilegiadas, lo que llevaba a distorsiones en cuanto a la competencia de los distintos órganos.

3.- Organización formada y evolucionada por acumulación, mediante una superposición de estratos procedentes de diversas épocas históricas. Las instituciones de justicia se iban superponiendo unas al lado de las otras, sin que nunca se produjese una verdadera voluntad planificadora, manteniéndose por el contrario la estructura inalterable. La consecuencia fue una constante confusión de competencias.

4.- Confusión competencial y jerárquica. La atribución de competencias no se hacía con carácter exclusivo o excluyente. En la distribución incidía el principio de jerarquización de los órganos, y el de justicia retenida por el rey. Además, se producía una distorsión interna orgánica entre funciones de gobierno y funciones de justicia. La consecuencia era la de una situación de enorme inseguridad jurídica para los administrados.

TERCERO. En la evolución de las instituciones hay que partir de la Baja Edad Media, momento en el que la justicia se perfila en cuatro planos: justicia de la esfera personal del monarca, justicia local, justicia intermedia y justicia suprema. Desde ahí, la justicia se tecnifica, las decisiones de los jueces se condicionan al derecho y la práctica forense comienza a incidir en la forma de juzgar. En escasos momentos posteriores se introducen algunas modificaciones, que más que cambios estructurales suponen reajustes y fijaciones: el reinado de los Reyes Católicos, los de Felipe II y Felipe III, y los intentos reformistas de los Borbones, son los hitos en los que la Monarquía manifiesta una cierta actitud de intervenir en la estructura de la Justicia.

CUARTO.- Organigrama de la Administración de Justicia.

QUINTO. *El Consejo de Castilla*, era el órgano supremo del gobierno y de justicia de la monarquía hispánica en el siglo XVIII, y ejercía el poder efectivamente con el Rey. Surgido como un órgano asesor del monarca, llega a ser el centro de la Administración de Justicia. Sus miembros, designados directamente por el Rey, están en lo más alto de la carrera administrativa. Se puede hablar de una vinculación personal entre el Rey y su Consejo. Dividido en Salas, la amplitud de las competencias que le estaban atribuidas y el hecho de la justicia retenida, que le permitía avocar cualquier causa para su conocimiento, le convertía en un gigante de la administración y de la burocracia. Como tal órgano sobredimensionado, en su funcionamiento, además de los consejeros, en un número reducido pues no superaron los veintidos, intervenían numerosas personas que ejercían oficios y profesiones cuyo cometido era auxiliar en la labor de administrar efectivamente la justicia. Unos estaban integrados en el Tribunal, como los oficiales, los escribanos, los relatores y los receptores, mientras que otras profesiones se ejercían en el marco de la actividad del organismo, pero sin formar parte de él; serían éstos los abogados, procuradores, y agentes de negocios. Su actividad conjunta era la maquinaria que movía la justicia en su nivel superior.

SEXTO. Los jueces del Antiguo Régimen constituían un verdadero oficio de poder, pues se puede decir que su función era una verdadera traslación del poder del monarca que se ejercía por delegación. Desde la Edad Media los jueces mantienen unos perfiles definitorios muy homogéneos, y su función siempre tuvo una gran trascendencia social y política. Precisamente, de esa trascendencia derivó un mayor control y exigencia que en otros oficios por parte de la Monarquía, en cuanto a los requisitos exigidos para ser juez y al cumplimiento de sus deberes y obligaciones. Socialmente procedían de la burguesía y de la baja nobleza, y accedían al cargo

por nombramiento real; para ello se exigían una serie de requisitos personales y unas condiciones de conocimiento y experiencia previos. Se puede hablar de una tendencia progresiva a la tecnificación en los jueces castellanos, siendo decisivo para la configuración del oficio la introducción de la jurisdicción como un elemento integrador.

Como tal oficio, no resultaba fácil de ejercer, pues las exigencias previas y los controles de la monarquía sobre la actividad de los jueces, había que añadir la sobrecarga de trabajo. Estaban más sujetos al rey que a ley, y aplicaban un derecho “flotante” más que vigente. Era una situación de ambivalencia entre el poder inherente al oficio y la sujeción a las normas y al poder real, lo que condicionaba el ejercicio de su función, que en ocasiones derivaba hacia actitudes de descontrol y mal uso del cargo.

SEPTIMO La Chancillería de Valladolid, como primera audiencia castellana, se convirtió en el modelo del que se partió para la creación de sucesivos tribunales superiores en Castilla, con las consecuencia que de esta actitud se derivaron, pues su planta y funcionamiento se aplicó durante cuatro siglos a las Audiencias que se fueron implantando a nivel territorial. Al no hacerse una revisión o una planificación de estructuras, los mismos errores de los que partió la Chancillería de Valladolid, acrecentados por los vicios de funcionamiento, se fueron trasladando a otros organismos.

Surgido este Tribunal de la esfera personal del rey, se configuró como uno de los órganos de justicia más prestigiados en Castilla. Era un verdadero tribunal de apelación, que podía conocer en primera instancia en determinados supuestos llamados casos de corte, y de los hechos ocurridos en su demarcación territorial; al proceder de la justicia real, se veía afectada la Chancillería por el principio de la justicia retenida, con lo que la definición de competencias respecto de las demás instituciones de justicia se veía frecuentemente vulnerado. Divido el

tribunal en salas, de civil, de lo criminal, de hijosdalgo y de Vizcaya, estuvo formada casi por el mismo número de jueces durante su trayectoria; jueces que dentro de la Chancillería tenían distinta categoría y distinto nivel técnico. Su Presidente fue una figura de importancia y peso en la administración castellana. Al igual que ocurría en el Consejo de Castilla, en Chancillería se movían una serie de oficios y profesiones, subalternos y colaboradores, que formaban parte de la actividad del órgano.

OCTAVO.- El proceso civil castellano era prestatario, desgraciadamente, de los postulados procesales del derecho canónico de forma muy determinante: la escritura y la complicación de los trámites, producen una imagen de burocratización y pesadez. En lo que se entiende como actividad procesal, no sólo intervenían las partes procesales y el juez, pues el sistema había hecho que fuesen necesarios otros intervinientes, que no eran esenciales, pero sin los que el proceso no podía seguir su curso correctamente. La intervención de los profesionales del derecho en el proceso, hizo que los actos procesales fuesen la imagen de los pleitos: volumen innecesario, reiteración y lentitud.

Los escribanos eran oficiales de nombramiento real que colaboraban con la justicia y su recta administración. El origen de este oficio está en la incorporación de la escritura al proceso. Oficio venal, y por consiguiente con una cierta carga de desprestigio social, estuvo sujeto al control real en cuanto a los nombramientos y aprobaciones, y al número de escribanos que podían ejercer en las villas y ciudades. Podían actuar como escribanos judiciales, municipales o privados y la esencia de su función fue la fe pública. Su formación no era universitaria y se les exigía pasar un examen de conocimientos y experiencia previa en el oficio. En el ejercicio de su función judicial, eran los actuarios del proceso, y les cabía poca capacidad de decisión, pues únicamente actuaban de forma autónoma resolviendo cuestiones de trámite: los llamados

decretos de cajón. La tendencia a utilizar formularios confirió a su actividad tintes de poca autenticidad, pero con todo fue una de las profesiones de justicia que mayor influencia tuvieron en la práctica cotidiana de los procesos.

Los letrados, profesión de gran presencia en la administración castellana, eran hombres de derecho y de leyes que formaban un conjunto con las instituciones que les habían formado y en las que ejercían su profesión. Profesión libre en la que el saber y el conocimiento jurídico son su esencia y su garantía. La importancia de la formación universitaria es de trascendencia para esta profesión, pues el interés social que entre los castellanos de la Edad Moderna existió por los estudios de derecho, hizo que el alto número de titulados universitarios desviasen su actividad hacia la abogacía, a causa de las importantes limitaciones para ingresar en la administración. Para ejercer la profesión se exigía un examen de conocimientos, experiencia, y estar adscritos en los tribunales. En el siglo XVIII, los abogados constituían un “cuerpo profesional” homogéneo, que había ido perfilando un sistema de privilegios sociales y profesionales, y cuya intervención en los pleitos, en forma de alegaciones jurídicas, incidía en su complejidad en cuanto al fondo.

Los procuradores más que profesionales del derecho, se les consideraba unos artesanos procesales. Con menor formación en general que los abogados, precisaban también de una prueba de conocimientos y experiencia, y una adscripción a un tribunal para poder ejercer la profesión. Su origen y justificación estuvo, en principio, en las distancias geográficas entre los administrados y el tribunal, motivo que fue desapareciendo al surgir nuevos órganos judiciales; pero desde ahí, se justifica su permanencia en los tribunales, por el alto índice de complicación de los asuntos judiciales, que precisaban de un experto para su seguimiento. Nuevamente son las complicaciones añadidas al proceso que supuso el derecho común, lo que motivo la existencia

de una profesión jurídica. Desde el siglo XV fue obligatoria su intervención en los pleitos, y su actividad se encuadró siempre en el marco de la doctrina del mandato, para ello se exigía la presencia en el proceso por medio de una escritura de poder.

CAPITULO III.- LA DEMANDA: INICIACIÓN DEL PROCESO.

PRIMERO.- La demanda es una actuación procesal de una de las partes, no del órgano, y supone la iniciación del proceso. No necesariamente tiene que ser la primera actuación judicial de un pleito, ya que se pueden instar del juez la práctica de otras diligencias, que son tendentes a la formulación de la demanda y que se pueden entender como un residuo de la primitiva justicia privada.

SEGUNDO.- La demanda implica el ejercicio de una **acción** en el marco de un derecho de la esfera personal de los individuos, y por el que se pide al juez o tribunal que resuelva una contienda. La demanda puede ser oral o escrita, aunque la forma más admitida en la ley y en la práctica era la demanda escrita, dentro de la línea de información del principio de escritura que supuso el derecho común.

TERCERO.- Esta demanda escrita está sujeta a una serie de requisitos estructurales y formales que pueden en algún caso condicionar su validez, y la posible nulidad del proceso. La demanda debía contener determinados datos sin los cuales el proceso no podía iniciarse, como era la identificación de la persona contra la que se dirige la acción. Al mismo tiempo se veía sujeta en la práctica a una serie de fórmulas y cláusulas de estilo que condicionaban su estructura y su formato, pues detrás de estas fórmulas estereotipadas se mantenía toda una estructura lógica procesal. En la práctica no eran documentos de contenido jurídico, limitándose a narrar unos

hechos y a formular una petición.

CAPITULO IV.- LA LLAMADA AL PROCESO

PRIMERO.- El primer llamamiento al proceso, para todos aquellos que se puedan ver afectados por sus resultados, y no únicamente para el demandado, tiene para la doctrina civilista **carácter fundamental y origen divino**. La influencia de las corrientes filosóficas del siglo XVIII marca aún más esta tendencia del derecho natural confiriéndole un matiz de elemento necesario, del que su ausencia o defecto es causa de nulidad de toda la actividad procesal que se pueda derivar. Entienden los autores que la llamada al proceso es una **garantía** del correcto planteamiento de la relación procesal, pues en su defecto el pleito sería nulo.

SEGUNDO.- En la **terminología utilizada** para referirse a la primera llamada al proceso, se **confunden** en la legislación y en la doctrina los términos **emplazamiento y citación**. Ambos actos de comunicación del órgano jurisdiccional son en sí mismos diferenciables: citación tiene el carácter de llamada en general para comparecer ante el juez en un momento concreto, y emplazamiento encierra en sí mismo la apertura de un periodo de tiempo para comparecer y decir ante el órgano judicial. Lo que definitivamente hay que tener en cuenta, es que cuando se denomina citación a la primera llamada al proceso, si en sí misma encierra la obligación de contestar a una demanda en un término prefijado, es técnicamente un emplazamiento. La distinción habrá que deducirla del contexto y contenido de la actuación jurisdiccional.

TERCERO.- Las **cartas de emplazamiento emitidas por la Chancillería** en los pleitos en los que conoce en primera instancia, son más extensas y completas que las emitidas por jueces unipersonales. No sólo la fórmula es en sí misma más compleja, sino que contiene instrucciones

muy detalladas de como ha de hacerse materialmente la diligencia de emplazamiento. Esta complejidad y minuciosidad formal choca con la escasa y superflua formalidad de las actuaciones procesales que se llevan a cabo por los oidores. El documento público que es la carta de emplazamiento se sujeta a una amplitud no coincidente con el resto de las formas procesales propiamente dichas, como un exponente de la tendencia masiva a la escritura por parte de los oficios de justicia.

CUARTO.- En la localización del demandado **el domicilio no tiene un valor prioritario**, siendo el lugar de residencia, o la vecindad civil los determinantes para que a las apersonas se las localice en un lugar u otro. El lugar concreto en donde se habita, *casa, morada o habitación*, sirve para establecer la ubicación física de una persona y su familia, pero no la obligación para la justicia de dirigirse a ese lugar concreto para localizarla, haciéndolo sólo cuando no la ha encontrado en los lugares públicos más frecuentados.

QUINTO.- La regulación de las **buscas de las personas** tiene una proyección práctica más que legal. Para los casos en los que no puede localizarse personalmente a los demandados, se establece la posibilidad de poner en su conocimiento la existencia de la demanda y la obligación de comparecer y contestarla por medio de una **cédula** que se entregará, con carácter general, a las personas que con él convivan. El que la entrega no sea personal, obliga a que las garantías de su conocimiento y su constancia sean más complejas que en un emplazamiento personal. Sin un soporte legal, fue la **práctica** de los escribanos y demás oficiales, la que configuró la forma de las diligencias en busca y los emplazamientos por cédula.

SEXTO.- En la llamada pública al proceso, predominaba en el siglo XVIII la forma de **edictos** sobre la de **pregones**. La efectividad de una y otra forma de llamar, no está muy clara pues en ambas se hacía depender de la capacidad de difusión de la noticia, según los lugares y las

circunstancias personales y sociales del llamado.

SEPTIMO.- La llamada **citación real**, que implica el prendimiento del demandado como garantía de cumplimiento de la obligación que se le reclama, a finales del siglo XVIII se miraba con recelo, advirtiéndose de los peligros que puede suponer el privar a un hombre de su libertad como garantía del cumplimiento de una posible condena de contenido privado.

OCTAVO.- En cuanto al **término** que se da al emplazado para que conteste a la demanda, no existe un criterio fijo. Mientras que Las Partidas no señalan tiempo para comparecer al llamamiento, la legislación real dió un plazo, treinta días, para comparecer y contestar a la demanda. Pero en la práctica tampoco se seguía la norma. Por un lado, quedaba al arbitrio de los jueces adecuar este tiempo según las características del proceso y sus circunstancias, acortándolo o prorrogándolo. Pero además, en realidad este término no era único, sino que se concedían nuevos tiempos después de sucesivas declaraciones de rebeldía del citado.

CAPÍTULO V.- ACTITUDES DEL DEMANDADO DESPUÉS DE LA COMPARECENCIA.

PRIMERO.- En el momento en el que el demandante presenta ante el juez el emplazamiento efectivamente realizado, se volvían a hacer **alegaciones**, aunque procesalmente no estaba permitido.

SEGUNDO.- En el caso de **incomparecencia del demandado**, éste era declarado en la situación procesal de **rebeldía**. La rebeldía equivalía a una ficción jurídica desde el momento en que en base a su declaración, al demandado incomparecido se le tenía por contestado a la demanda. La base civilista del proceso, con su configuración contractualista, necesitaba de la existencia de tres sujetos procesales: juez, actor y demandado para que la relación jurídica contractual pudiese

darse, y la *litiscontestatio* se produjese. Con la ausencia de una de ellas, la situación era imposible; para paliar pues los efectos de la incomparecencia del demandado en el proceso, la propia doctrina desarrolló la fórmula procesal de tener al demandado ficticiamente en el proceso, quedando así cerrado el triángulo personal necesario para la existencia de la relación entre partes necesaria para poder entender el argumento procesal.

TERCERO.- La manera en la que se declaraba a una persona efectivamente rebelde en un proceso, dependía en principio de su falta de respuesta a la demanda en el tiempo o término que para ello se le había concedido. Pero la práctica de los tribunales determinó que para ser efectivamente rebelde el demandado, debía haber sido llamado hasta tres veces, con distintas citaciones y términos para responder. Era esta práctica causa de dilaciones innecesarias que la legislación real intentó atajar y controlar sin efectividad, pues a finales del siglo XVIII se seguían acusando hasta tres rebeldías en los pleitos. Este sistema producía una considerable sobrecarga de actuaciones innecesarias en el proceso, y desde luego mayores beneficios a escribanos y demás oficiales de justicia, pues cada diligencia de citación estaba retribuida.

CUARTO.- Si el demandado **comparece** en los autos, dentro del término que le ha dado para que lo haga, se constituye en parte procesal. Puede hacerlo por sí mismo o por procurador, por escrito o por simple comparecencia. Desde ese momento pide y se le entregan los autos para que se informe y pueda hacer su respuesta a la demanda, pues una vez que se ha comparecido en el proceso, se abre un nuevo tiempo para hacer la contestación en nueve días. Este es uno de los momentos en el que se producen más dilaciones de una forma casi “endémica”, pues los retrasos en tomar los autos y devolverlos eran constantes, con requerimientos a los procuradores, que siempre encontraban una disculpa, por otra parte también de tipo consuetudinario. Y los jueces no hacían nada por evitarlo, consintiendo que la situación persistiese con los perjuicios que

llegaba a suponer.

QUINTO.- Si el demandado **se allanaba**, se estaba determinando la decisión del juez que debía atenerse a los términos y al contenido de la demanda. Se basaba el allanamiento en un acuerdo de voluntades entre la partes, y era un figura procesal de desarrollo doctrinal y práctico, con pocas bases legales.

SEXTO.- El sistema de **excepcioness** previas que podía hacer el demandado fue una fuente de continuos abusos por parte de los litigantes, pues se utilizaron constantemente con fines dilatorios y entorpecedores.

SÉPTIMO.-La **contestación a la demanda** por parte del demandado, era una manifestación de voluntad de entrar en el litigio. Se le consideraba esencial para establecer la relación procesal en base a la teoría de la *litis-contestatio*.La **reconvención y la compensación** eran instituciones procesales fuertemente influidas por el derecho privado.

OCTAVO.- la **réplica y la dúplica** respondían a escritos de segundas alegaciones, que resultaban facultativos para las partes, y que se utilizaban casi siempre en la práctica. Su finalidad era la de fijar el estado de la cuestión, y resultaban más jurídicos de contenido que la *demanda y la contestación*. Estas segundas alegaciones estaban limitadas por disposición real, pues se caía con frecuencia en abusos en cuanto el número de escritos que se presentaban. Cada una de las partes sólo podía presentar dos escritos alegatorios en esta primera fase procesal. Una vez que se había ejercitado este derecho, se concluía la fase de alegaciones para entrar en la fase de prueba.

NOVENO.- La cauciones que podían exigirse al demandado, estando en desuso la detención civil, se reducían a dar fianzas, y al embargo y secuestro de sus bienes que eran entregados a un depositario.

CAPITULO VI.- LA FASE PROBATORIA. IDEAS GENERALES SOBRE LA PROBANZA Y SU PRÁCTICA.

PRIMERO.- El derecho común, y fundamentalmente su componente canónico es determinante en la formación de la prueba procesal. En el espacio procesal que se dedica a la prueba, es donde la elaboración canónica del derecho se hace notar con mayor intensidad. El gran interés de los núcleos de poder en que las decisiones judiciales fueran tomadas con la mayor imparcialidad, y sin vinculaciones personalistas que escapaban al control de Tribunales Superiores, dió como resultado la elaboración de un complejísimo sistema de pruebas procesales sujetas a la ley y a un cuadro de medidas y valores que hacen que el periodo probatorio en el proceso civil adquiera una magnitud desmesurada. El sistema de **pruebas legales y tasadas** actúa como una garantía de control frente al arbitrio judicial.

SEGUNDO.- Limitación de las pruebas a los hechos que no estan demostrados en la fase inicial o de alegaciones. El sistema probatorio está limitado y restringido por el hecho de no poderse dirigir a probar hechos que no hayan sido alegados por las partes en la fase inicial. A sensu contrario, sólo pueden ser objeto de prueba aquellas circunstancias que se hayan dicho y alegado por las partes y que no estén suficientemente probadas. Ahora bien, la paradoja se produce por ser las partes las que tiene la iniciativa en proponer la prueba con la intención de llegar al convencimiento del juez, pero el juez se ve sujeto a la intervención de las partes, sin que le quepa más iniciativa que las diligencias para mejor proveer.

TERCERO.- La prueba procesal es una institución y una actividad exclusivamente judicial. Aunque la materialidad de los medios probatorios se constituye por una diversidad de actos y de instrumentos, todos tiene en común que han de hacerse en presencia del juez que tiene

que fallar la causa.

CUARTO.- Los términos de prueba y sus prórrogas. En la fase de prueba aparecen los tiempos para probar como un motivo más de fricción entre el derecho real y la práctica de los tribunales, que permitía que los procesos se alargasen por el sistema de no cumplirse los plazos. Aunque la literatura jurídica nos habla de continuidad de la práctica viciada por negligencia o desinterés de los jueces en controlar la hiperactividad de las partes, el examen de los autos nos viene a revelar que las limitaciones en los plazos legales, eran tenidas en cuenta , aunque fuese parcialmente. En su afán de limitar las excesivas prolongaciones y prórrogas de los terminos de probar, el legislador imponía a los jueces la obligación de atenerse a un término único y al mismo tiempo les daba la facultad de tener en cuenta la realidad procesal , para concretar unos plazos de prueba acordes con las necesidades del pleito, siempre que no sobrepasasen los tiempos de la ley. Existía un tiempo mínimo que el juez establecía según sus criterios, y un tiempo máximo que la ley fijaba. En esta banda temporal, las partes podían articularse y organizarse en base a peticiones consecutivas de tiempo para probar.

QUINTO.- Importancia de la intervención de escribanos y receptores en la práctica de las pruebas. La administración de justicia de la Época Moderna castellana, estaba sujeta a limitaciones territoriales en la atribución de competencias. En este sistema, las amplitudes de los territorios, y las dificultades para trasladarse, hacía que los jueces no pudiesen desplazarse como no fuese a costa de grandes demoras. Se fueron creando medios alternativos para solucionar la cuestión; cuando la prueba debía hacerse en lugar distinto del que se encontraba la sede del órgano jurisdiccional, podía éste encomendar su práctica al juez y al escribano del lugar, o bien encargar su ejecución a oficiales reales que se desplazaban hasta el lugar . Estos oficiales podían ser ajenos a la causa, receptores del número del Consejo y Audiencias, o bien el propio

escribano del pleito al que se le daba un nombramiento de “juez comisionado” para que hiciese las pruebas. Si tenemos en cuenta la magnitud de las pruebas en general, y muy en especial la prueba de testigos, esta intervención de escribanos y receptores en la práctica de las pruebas procesales, constituyó una gran parcela de actividad de los oficiales de justicia, que desde luego suponía una fuente de ingresos para ellos y de gastos para los litigantes.

SEXTO El sistema tasado de valoración de las pruebas. De origen canónico, y fuertemente influido por la Escolástica, las normas que regulan esta valoración de las pruebas, no son leyes propiamente dichas, sino uso de los tribunales basados en una formulación doctrinal previa

CAPITULO VII.- LA PRUEBA DE CONFESIÓN Y EL JURAMENTO EN JUICIO.

PRIMERO.- La prueba de confesión es una institución procesal de origen gérmanico, pues para el derecho romano las únicas pruebas admitidas eran la de instrumentos y la de testigos. Corresponde al derecho canónico, a través de Las Decretales, la introducción de la confesión en el sistema probatorio, aunque parece que recibe un tratamiento a parte. Y en el sistema de pruebas legales y tasadas, adquiere un valor de máxima y perfecta prueba.

SEGUNDO.- Ya que los efectos de la confesión pueden ser determinantes para resolver la contienda o dar un carácter especial a la litis, se exigen a esta prueba una serie de requisitos que suponen unas **garantías** en cuanto a la eficacia de este medio de prueba utilizado. Así, además de aquellas circunstancias que se encuadran en las exigencias de capacidad y conocimiento del confesante, la presencia y control del juzgador van más allá de una mera formalidad.

TERCERO.- La prueba de confesión está regulada en Las Partidas y en distintas normas de la Nueva Recopilación. De sus disposiciones llaman la atención dos matices:

A) La minuciosa regulación que las leyes reales hacen de esta institución procesal, sobre todo

en el aspecto de su práctica, exigiendo que en la forma de tomarse las posiciones al confesante , se haga con la máxima rigurosidad y eficacia.

B) Pese a que la doctrina concede a la prueba de confesión un valor liberatorio y de decisión del pleito que no alcanza a otros medios de prueba, se da la paradoja de que en la práctica la confesión no se utilizaba con la frecuencia correspondiente a este valor de prueba plena. Esta “depreciación” de la confesión, hace pensar que no era tan útil como se peretendía en teoría. En la práctica, el miedo a los juramentos vanos, y la tendencia de los letrados de complicar las prácticas forenses , desviaba su utilización a otros tipos de medios probatorios, como solían ser los testigos y los documentos.

CUARTO.- El juramento, que en el derecho romano no era más que una herramienta procesal, y en el derecho germánico se confundía con la prueba, era utilizado con profusión en los pleitos privados, a lo largo de todas sus fases y momentos. Además de los juramentos que se podían pedir las partes entre sí en la fase inicial del pleito, y de la confesión como prueba, cuando el juez no tuviese el convencimiento necesario para fallar el litigio, puede pedir que alguna de las partes juren determinados aspectos concretos de lo pedido, incorporándose este juramento a la prueba procesal. Con ello se puede entender que los pleitos esten sembrados de juras y declaraciones dadas bajo juramento de las partes.

QUINTO.- En la práctica, la rigurosidad de la prueba no era tan efectiva como las leyes y la doctrina pretendían, pues no siempre se hacía ante el juez ni se llamaba a la parte contraria para que estuviese presente; las posiciones que se hacían al confesante no guardaban el carácter de secretas, y cuando se confesaba se permitía al confesante añadir todo tipo de aclaraciones, convirtiéndose así más en una prueba de testigos que propiamente en una confesión judicial.

CAPITULO VIII.- LA PRUEBA DE TESTIGOS Y SU TRASCENDENCIA EN LA PRÁCTICA.

PRIMERO.- Pese a que la doctrina otorgaba a la confesión en juicio el valor de máxima prueba por la eficacia total de sus efectos, en la práctica el **medio probatorio más utilizado** en los pleitos civiles era la prueba de testigos. Por el predominio de la comunicación oral sobre la escrita, la dificultad de documentación de todos los actos personales, y sobre todo, por hábitos y usos forenses, la prueba testifical ocupó, con mucho, el mayor volumen de actividad procesal hasta bien entrado el siglo XIX.

SEGUNDO.- Regulada esta prueba en Las Partidas, y en posteriores disposiciones reales, fueron **las prácticas forenses** las que realmente la configuraron y diseñaron. En ellas se daba la reiteración en el número de testigos, la unanimidad en la forma de los interrogatorios de preguntas y repreguntas, y la forma material de llevarse a cabo esta prueba y su documentación.

TERCERO.- La intervención de los escribanos en la prueba de testigos, como comisionados por el juez o simplemente por dejación en sus manos de la actividad, fue uno de los factores que más influyeron en su realidad. La extension, reiteración y formulismos estereotipados, son la consecuencia de que se dejase en manos de estos oficiales de justicia uno de los cometidos que mayor número de personas movieron, generaron mayor cantidad de actuaciones y finalmente, causaron más gastos para los litigantes.

CAPITULO IX.- LA OBJETIVACIÓN DE LA PRUEBA: LOS DOCUMENTOS.

PRIMERO.- **La escritura era en sí misma esencia del proceso.** El principio que informaba el proceso castellano en general, tanto criminal como civil, procedía del derecho canónico: “lo que

no está en los autos no está en el mundo”. Fue un condicionante para la realidad de los pleitos, del que derivaron situaciones de hecho, como la extensión de las actas procesales, la tendencia a reiterar los escritos y el complicado sistema documental en el que se veía inmerso.

SEGUNDO.- Las cuestiones que afectan a la documentación y al ejercicio del oficio de los escribanos públicos, aparecen reguladas con extensión y profusión en Las Partidas y en la leyes recopiladas.

TERCERO.- Los documentos públicos estaban sujetos a determinados requisitos formales, que eran intrínsecos a su valor, y por lo tanto a su valor probatorio. Se daba a los documentos públicos una valoración objetiva, ya que aportaban al proceso datos que eran inatacables, y que no dependían de la voluntad de las personas. Se admitía con carácter general la seguridad de su contenido.

CAPITULO X.- LOS RESTANTES MEDIOS DE PRUEBA. LA CONSIDERACIÓN DE IMPUROS POR LA DOCTRINA Y SU UTILIDAD EN LA PRÁCTICA .

PRIMERO.- En los casos en los que no era posible utilizar los medios de prueba “normalizados”, confesión, testigos o documentos, o cuando resultasen insuficientes, existían otros medios de probar alternativos. Se consideraban por la doctrina como medios imperfectos, que debían ser completados, pues por sí mismos no podían hacer prueba plena. La inspección ocular, el privilegio, la ley, la fama, se utilizaban en la práctica en algunas ocasiones. Su formulación era doctrinal, más que legal, y en el siglo XVIII se desconfiaba de la eficacia de algunos de ellos, sobre todo del privilegio y de la fama pública.

SEGUNDO.- La intervención de terceros ajenos a la contienda estaba admitida en la práctica. Actuaban como expertos en determinados conocimientos, que asesoraban al juez. Esta práctica, que no tenía soporte legal, pasó a la Codificación como un medio de probar.

TERCERO La unión de la pruebas a los autos y su publicación, habían perdido el sentido que tuvieron en su origen. Se convirtió en un paso material cuyo único sentido era la finalidad práctica de conocer todo lo que se había dicho en el pleito, antes de que las partes hiciesen sus resúmenes probatorios.

CAPITULO XI.- LAS ALEGACIONES DE BIEN PROBADO. UNA ISLA EN EL CURSO DEL PROCESO.

PRIMERO.- El origen de esta actuación procesal está en las prácticas y usos forenses, pues tiene escasa regulación legal. Su configuración deriva del estilo de los tribunales. En la forma que tienen las alegaciones finales de los pleitos en el siglo XVIII es muy clara la influencia de la forma de trabajar de los juristas. No tenían carácter sustantivo, y su única finalidad estaba en la utilidad que suponían para los jueces en el momento de fallar un pleito. En la forma de escribir en derecho se producían continuos excesos y abusos por parte de los letrados. Mantenía una cierta estructura lógica, y en su argumentación se utilizaban opiniones ajenas, con exceso de menciones doctrinales.

CAPITULO XII.- EL MOMENTO DE LA DECISIÓN. LAS CONCLUSIONES Y LA SENTENCIA.

PRIMERO.- La influencia romano-canónica supuso un matiz de complicación en la fase final

de los pleitos, pues la doctrina entendía este momento como consustancial al mismo proceso .
Supone la imposibilidad de actividad alegatoria o probatoria para las partes, excepto la de presentar documentos con carácter excepcional o pedir la confesión de una de las partes.

SEGUNDO.- La vista, y la citación para la vista, se pueden entender como un residuo del proceso oral, pues es un acto que hace el juez, ver los autos para fallar, a presencia de las partes.

TERCERO.- Las sentencias eran las decisiones finales de los pleitos, que implicaban un juicio y una orden. Para hacer sus sentencias, los jueces debían ver los autos por sí mismos, sin servirse de relaciones, salvo en las Audiencias y en el Consejo. Inherente a la sentencia era su publicidad, que se hacía por medio de la promulgación, aunque en el siglo XVIII se había convertido en una simple formalidad, pues al consolidarse la práctica de la notificación a las partes, se dejaban sin contenido este trámite procesal. La sentencias estaban sujetas a unos requisitos formales, y aunque no se daban dentro del plazo que marcaba la ley, no eran frecuentes las quejas por este motivo.

CUARTO.- **La no motivación de las sentencias castellanas** , desde la Baja Edad Media hasta la Codificación, fue su rasgo más negativo. Ausentes de fundamentación jurídica, crearon un vacío en la jurisprudencia que impide conocer el derecho que aplicaban los jueces castellanos al tomar sus decisiones. Además de ser un elemento de inseguridad para los recursos, pues era difícil impugnar una sentencia sin conocer cuales eran los motivos en los que el juez se había basado para darla.

CONCLUSIONES FINALES

PRIMERO.- Las instituciones y los órganos de justicia castellanos, en el tramo final del

Antiguo Régimen, **daban respuesta** a los particulares en la solución de los conflictos. Su capacidad de responder está contenida en el hecho de que **los pleitos se resolvían**. Y se resolvían porque finalmente recaía una decisión judicial, que formalmente ponía fin a la contienda. Pese a la ausencia de fundamentación jurídica de las sentencias castellanas, la resolución del litigio a favor de una u otra de las partes, hacía que se pudiese saber cual de las argumentaciones planteadas había sido tomada en consideración para fallar el asunto. Por lo tanto, el análisis de las alegaciones y argumentaciones procesales, es el hilo conductor que permite llegar a la conclusión que servía a los jueces para fallar. En sus decisiones, los jueces tenían en cuenta las razones de los pleiteantes y aplicaban el derecho; este derecho, que más que vigente era un cuerpo de derecho “flotante”, suponía tener en cuenta, no sólo las leyes reales, sino también los principios generales de elaboración doctrinal, y los usos y prácticas forenses.

SEGUNDO.- El instrumento del que se valían los jueces y los tribunales castellanos para resolver los conflictos privados, eran los **pleitos civiles**. Formado el proceso civil castellano a partir del proceso romano y del proceso canónico, se acomodó en el sistema de justicia desde el siglo XIII, con pocas variaciones legislativas y sí con aportaciones de la doctrina y de la práctica forense, hasta configurar el sistema procesal existente en Castilla en el siglo XVIII. Mediante los pleitos civiles, los jueces, no sólo determinaban las contiendas entre particulares, sino que también se convertía en sus manos en un elemento de ejercicio del poder real, que se traducía en la aplicación y en la interpretación del derecho.

TERCERO.- En sus respuestas, la Administración de Justicia castellana **no era eficaz**, pues existía una incapacidad para solucionar el problema en el momento adecuado. Cuando se solicitaba de la jurisdicción la solución a una contienda entre particulares, se esperaba que la solución fuese tal que decidiese el conflicto y que lo hiciese en el momento necesario. Y esto no ocurría;

debido a defectos estructurales y funcionales la ineficacia de jueces y tribunales era evidente, pues los pleitos no eran el medio más idóneo para resolver los desacuerdos, ya que se habían ido configurando como lentos, con exceso de formalidades y de trámites superfluos; los procesos eran costosos por la intervención de los oficiales de justicia y letrados que obtenían sus beneficios a costa de las partes procesales, por lo que se puede decir que cuando un litigio terminaba, el que perdía estaba desnudo, y el que ganaba estaba vestido de papeles. A esta situación se había llegado por **diversas causas**.

1º.- La organización judicial castellana, acumulativa en su formación, informada por principios jerárquicos, con una confusión de competencias endémica, en la que subyacía el principio de justicia retenida por el rey, suponía un estructura en la que las alteraciones de competencias y el abuso de los recursos eran frecuentes. Las posibilidades de utilizar este sistema en beneficio propio eran conocidos por los litigantes, lo que hacía excesivamente prolongados los asuntos ante la facilidad para recurrir y demorar. La resolución de los pleitos era más ágil ante los jueces unipersonales, Alcaldes y Corregidores, y se hacía más lenta y demorada en las Audiencias y Chancillerías y en el Consejo de Castilla.

2º.- Las leyes castellanas constituían un ingente cuerpo hipertrofiado e inconexo que hacía difícil su aplicación. Por otro lado, esta falta de coherencia interna del derecho de Castilla, facilitó una mayor flexibilidad en su utilización e interpretación.

3º.- La doctrina jurídica, formada y desarrollada en el Derecho Común, se superponía y confundía con la ley. El derecho se entendía como el conjunto de leyes reales y de principios doctrinales. Su ingente y desmedida elaboración fue un factor que contribuyó a la complicación de los litigios, pues los argumentos doctrinales, varios y diferentes, distorsionaban la visión que se pudiera tener del fondo de las cuestiones.

4º.- La práctica de los tribunales fue un factor decisivo en las disfunciones judiciales. Su peso fue tremendo, pues actuó como definidor de conductas, como vehículo de interpretación y modificación de la ley, para finalmente adquirir valor de norma. De esta práctica son consecuencia las dilaciones innecesarias, el rigurosismo formal, el exceso de escritura, la intervención de personas distintas de los jueces en las actuaciones judiciales, el excesivo número de oficiales reales, el alejamiento de los jueces de la realidad procesal y las desviaciones de los letrados.

5º.- Las actitudes de los litigantes, que estaban en el fondo de toda esta situación, actuaban como motor de este sistema ineficaz. La tendencia al litigio de la sociedad castellana, no sólo era la causa de que muchos conflictos no se resolviesen de una forma endógena en el mismo medio social o familiar en el que surgían, sino que una vez iniciadas las contiendas judiciales, se observa una cierta facilidad para la complicación y las luchas absurdas por obtener resultados favorables. Estas actitudes de enfrentamiento las partes las llevaban a cabo ante la presencia del juez, que legalmente estaba sujeto al poder de disposición que tenían sobre los pleitos, sin que pudiesen intervenir ni frenar determinadas conductas.

6º.- Ausencia de las conciliaciones privadas. Únicamente admitidas normativamente para el ámbito mercantil, existen noticias de que se daban a nivel privado ante personas del clero, pero sin regulación y sin validez. Este vacío fue un factor más para el alto índice de litigiosidad en Castilla.

CUARTO.- En el hecho de administrar la justicia, **las decisiones de los jueces eran decisiones de poder.** Los jueces aplicaban el derecho en sus sentencias, y al mismo tiempo actuaban desde el ejercicio de la jurisdicción, que era en sí misma una potestad; se convertían así los pleitos en vehículos de reforzamiento del poder real, desde el momento que su intervención en las

RELACION DE BIBLIOGRAFIA Y FUENTES

I.- BIBLIOGRAFIA ACTUAL SOBRE EL TEMA

AIKIN ARALUCE, SUSANA

El Recurso de Apelación en el Derecho Castellano.

Edit. Reus. Madrid. 1982.

AGUNDEZ FERNANDEZ, A.

Historia del Poder Judicial en España. Editora Nacional. Madrid. 1974.

ALAMILLO SANZ, FERNANDO

La Administración de Justicia en los clásicos españoles. Cívitas. Madrid. 1996.

ALBI, FERNANDO

El Corregidor en el Municipio Español Bajo la Monarquía Absoluta. (Ensayo Histórico-Crítico). Publi. del Instituto de Estudios de Admón. Local. Madrid. 1943.

ALCALA ZAMORA Y CASTILLO. NICETO

Aciertos terminológicos e institucionales del Derecho Procesal Hispánico. En "Estudios de teoría general e historia del proceso". Tomo 2. Universidad de Méjico. Méjico D.F. 1974. (Primera edición 1942)

"Teoría y Práctica del Proceso". Revista de Derecho Procesal. nº 1. 1985. pp. 9 y ss.

Evolución de la Doctrina Procesal. Universidad Autónoma de Méjico. Ins. de Investigaciones Jurídicas. Méjico. 1974.

Estudios procesales. Edi. Tecnos. Madrid. 1975. pp 779.

Estampas procesales de la literatura española. Edi. Jurídicas Europa América. Buenos Aires. 1961.

Nuevas estampas procesales de la literatura española. En "Estudios procesales". Ed. Tecnos. Madrid. 1975.

Ideario procesal de Lucas Gomez Negro. Practico español de comienzos del siglo XIX. En "Estudios procesales", pag.742.

ALEJANDRE GARCIA, JUAN ANTONIO.

La Quiebra en el Dº Histórico Español anterior a la Codificación. Anales de la Universidad Hispalense. Publicaciones de la Universidad de Sevilla. Sevilla. 1970.

ALONSO ROMERO, MARIA PAZ

El proceso Penal en Castilla. S. XIII a XVIII. Edi. Universidad de Salamanca/Diputación Provincial de Salamanca. Salamanca. 1982.

Las Cortes y la Administración de justicia, en *Las Cortes de Castilla y León en la Edad Moderna*, Ed. Cortes de Castilla y León, Valladolid, 1989.

ALVAREZ DE MORALES, ANTONIO

Historia del Derecho y las Instituciones Españolas... Edi. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1984.

El pensamiento político y jurídico de Campomanes. Edi. Instit. Nacional de la Admón. Pública. Madrid. 1989.

ALVAREZ Y SUAREZ, V.

Instituciones de Derecho Romano. Derecho Procesal Civil. Madrid. 1975

ASENJO ESCUDERO, M.

Funcionamiento y organización de la Real Chancillería de Valladolid. En Rev. "Hidalguía", 1961, XI, 44.

BAENA DE ALCAZAR, MARIANO

Los Estudios sobre la Administración en la España del S. XVIII. Instituto de Estudios Políticos. Madrid 1968.

BARRIOS, FELICIANO.

Los Reales Consejos. El Gobierno Central de la Monarquía en los Escritores de Madrid del S.XVIII. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Madrid. 1988.

BARRIOS DE ANGELIS, DANTE.

Introducción al Estudio del Proceso. (la psicología y la sociología del proceso). Ediciones de Palma. Buenos Aires. 1983.

BENEYTO PEREZ, JUAN

Historia de la Administración Española e Hispano Americana. Edi. Aguilar. Madrid. 1958

"La Gestión de la Magistratura Moderna". AHDE. nº XXIII. Madrid. 1953.

Instituciones de Dº Histórico Español. (Ensayos). Volumen III. Político, Corporativo, Penal y Procesal. 1ª Edición. Librería Bosch. Ronda de Universidad 5. Barcelona. 1931.

DE BENITO FRAILE, EMILIO JAVIER.

La Sentencia en el Proceso Civil Ordinario Castellano. Siglos XIII-XIX . Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho. Departamento de Historia Moderna. Colección Tesis Doctorales. nº 199/88. Madrid.

BERMEJO CABRERO, JOSE LUIS.

Estudios de Historia del Derecho y las Instituciones. .Edi. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá de Henares. Colección Aula Abierta. Madrid. 1989.

Aspectos jurídicos e instituciones del Antiguo Régimen en España. Barcelona. 1985.
Derecho y Administración Pública en la España del Antiguo Régimen. Madrid. 1985.

BONET NAVARRO, ANGEL.

Procesos ante el Justicia de Aragón. Guara Editorial. Zaragoza.

BRAVO, EMILIO.

Historia de la Administración de Justicia. Establecimiento tipográfico de Estrados, Díaz y López. Madrid. 1984

CABRERA BOSCH, MARIA ISABEL.

El Consejo Real de Castilla y la ley. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Biblioteca de Historia. Madrid. 1993.

CERDÁ, JOAQUIN.

"La Margarita de los Pleitos, de Fernando Martinez de Zamora" . Texto Procesal del S.XIII. A.H.D.E.Tomo XX. Madrid. 1950

CARRASCO CANALS.

La Administración Española del S:XVIII. 1968.

CASTELLANO, JUAN LUIS. (Edi.)

Sociedad, administración y poder en la España del Antiguo Régimen. Hacia una nueva historia institucional. I Simposium Internacional del grupo P.A.P.E. Universidad de Granada y Diputación Provincial de Granada.1996.

CLAVERO, BARTOLOME.

Temas de historia del Derecho: Derecho de los Reinos. Publica. Universidad de Sevilla. 2ª edi. revisada. Sevilla. 1980.

Historia del Derecho: Derecho Común. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca. 1994.

"Instituciones históricas del Derecho", Paris 1992

"La Monarquía, el Derecho, la Legislación" Instituciones de la Época Moderna. 1996

CORONAS GONZALEZ, SANTOS M.

Ilustración y Derecho: Los Fiscales del Consejo de Castilla en el Siglo XVIII. Ministerio para las Administraciones Públicas. Colección: Clásicos e historia de la Administración. Madrid 1992.

La recusación judicial en el derecho histórico español. A.H.D.E. 1982, pag. 511-616.

CORTS GRAU, J.

Los Juristas Clásicos Españoles. Edi. Nacional. Madrid. 1948.

DEROZIER, ALBERT.

Escritores Políticos Españoles. 1780-1854. Edi. Turner. Madrid.1975.

DESDEVISES DU DEZERT, GEORGES.

Les Institutions dans L'Espagne au XVIII siècle. (SL.SI.SA.).

La España del Antiguo Régimen. Traducción de Arturo Lorenzo Gonzalez. Fundación Universitaria Española. Seminario "Cisneros". Madrid. 1989.

DE DIOS, SALUSTIANO.

Fuentes para el estudio del Consejo Real de Castilla. Edi. Diputación Salamanca. Colecc. Historia de las Instituciones de la Corona de Castilla. Serie Fuente. nº 1. Salamanca. 1986.

DOMINGUEZ ORTIZ, ANTONIO.

Instituciones y Sociedad en la España de los Austrias. Edi. Ariel. Barcelona. 1985.

DOMINGUEZ RODRIGUEZ, CILIA.

Los Alcaldes de lo Criminal en la Chancillería Castellana. Diputación Provincial de Valladolid. Valladolid.1993

ELLIOT, J. H. VVAA.

Poder y sociedad en la España de los Austrias. Edi. Crítica Grijalbo. Barcelona. 1982

EQUIPO MADRID DE ESTUDIOS HISTÓRICOS.

Carlos III, Madrid y la Ilustración. Introducción Josep Fontana. Siglo XXI Editores. Madrid. 1988.

ESCUDERO, JOSE ANTONIO.

Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones Político-Administrativas. (6ª Edi) Edición del Autor. Madrid. 1990.

FAIREN GUILLEN, VICTOR.

El Juicio ordinario y los plenarios rápidos. Los defectos en la recepción del Derecho Procesal Común; sus causas y consecuencias con doctrina y legislación actuales. Edi. Boech. Baviera. 1953.

Estudios del Derecho Procesal Civil. Penal y Constitucional. Edi. Revista de Derecho Privado. Edi. de Derecho Reunidas. Madrid. 1983. pp. 461

Historia del Proceso Civil y Reforma de la Justicia. Temas del Ordenamiento Procesal. Tecnos.1969. Madrid. Tomo 1. Historia y Teoría General. pp. 618.

Idea sobre una teoria general del Derecho Procesal. 1966

El desistimiento y su bilateralidad en primera instancia(Contra la doctrina de la litiscontestatio) Edi. Bosch. Barcelona. 1953.

FAYARD, JEANINE

Los miembros del Consejo de Castilla (1621-1746). Edi. Siglo XXI. Madrid. 1982.

FERNANDEZ ALBALADEJO, P. & ORTEGA LOPEZ, M.
Antiguo Régimen y Liberalismo. Homenaje a Miguel Artola. Alianza Universidad. Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid. Madrid. 1995.

FERNANDEZ ESPINAR, RAMON.
Las Fuentes del Derecho Histórico Español. Esquemas y resúmenes. Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces. Madrid. 1985.

GACTO FERNANDEZ, ENRIQUE Y V.V.A.A.
El Derecho Histórico de los pueblos de España. (Temas para un Curso de Historia del Derecho). Secc. Public. Facultad Derecho Universidad Complutense. Madrid. 1982.

GALLEGO ANABITARTE, ALFREDO.
Administración y Jueces: Gubernativo y Contencioso. Instituto de Estudios Administrativos. Madrid.

GALLEGO MORELL.
Influencia del Derecho de la Iglesia en el Derecho Procesal. 353-367. Revista de Derecho Procesal Iberoamericana. 1980.

GAN GIMENEZ.
La Real Chancillería de Granada.(1505-1834). Centros de Estudios Históricos de Granada y su Reino. Granada.1998.

Los presidentes el Consejo de Castilla (1500.1560), en *Chronica Nova*, 1. Granada. 1969

GARCIA GALLO, ALFONSO. Manual de Historia del Derecho Español. (2 Tomos). 2ª Edición. Artes Gráficas y Ediciones S. A. Madrid. 1964.

"Fuentes legales vigentes a comienzos del S.XIX ". ANALES. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, nº 19, Número especial dedicado al Código Civil Español. Madrid. 1988.

GARCIA MARIN, JOSE
La Burocracia Castellana bajo los Austrias. Edi. "Instituto Garcia Oviedo". Uni. de Sevilla Sevilla.1976.

GARCIA MONERRIS, ENCARNA.
"Ordenación Administrativa. Orden Público y Buen Gobierno. La Separación de Intendencias y Corregimientos de 1766" en Antiguo Régimen y Liberalismo. "Homenaje a Miguel Artola" Política y Cultura. Pablo Fernandez Albaladejo y Margarita Ortega López (EDS). Alianza Editorial. Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid. Madrid. 1995.

GARCIA DE VALDEAVELLANO, LUIS.
Curso de Historia de las Instituciones Españolas. Edi. Alianza Universidad textos. Madrid. 1986 (1ª edi. 1968)

GAY, LAUREANO.

Historia de los procuradores. "Procuradores". Madrid. Dic.1976.

GAY ESCODA, JOSEP MARIA.

La culminación de las Reformas de la Administración Municipal durante la Ilustración: el establecimiento de la carrera de corregimientos y varas y la "Instrucción de Corregidores". Documentación Jurídica. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Tomo XV. Madrid. Octubre-Diciembre.1988.

GIBERT, RAFAEL.

Historia General del Derecho Español. Madrid. 3ª Edi. 1981.

GIMENO SENDRA, VICENTE Y VVAA.

Derecho Procesal. Edi. Tirant lo Blanch. Valencia. 1987.

GOMEZ MORAN, LUIS.

La mujer en la Historia y en la Legislación. Oviedo. 1942.

GOMEZ RIVERO, RICARDO.

Los orígenes del Ministerio de Justicia (1714-1812). Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid. 1988.

GONZALEZ ALONSO, BENJAMIN

Sobre el Estado y la Administración en la Corona de Castilla en el Antiguo Régimen. (Cap. 3). Edi. Siglo XXI. Madrid. 1981.

El Corregidor Castellano. 1348-1808. Instituto de Estudios de Admón. Municipal. Madrid. 1970.

Gobernación y Gobernadores. Notas sobre la Administración de Castilla en el período de formación del Estado Moderno. Secc. Public. Facultad de Derecho Universidad Complutense.Madrid. 1974.

"La Justicia". Enciclopedia de Historia de España. Tomo 2. Alianza Editorial. Madrid. 1988.

GONZALEZ CRUZ, DAVID.

Escribanos y Notarios en Huelva durante el Antiguo Régimen (1701-1800). Universidad de Sevilla. Vicerrectorado de los centros universitarios de Huelva. Huelva 1991

GONZALEZ FUERTES, M.A.

La Cámara de Castilla (1700-1834): Evolución histórica, organización institucional y actividad administrativa. Memoria de Licenciatura. Dtº. Historia Moderna. Facultad de Geografía e Historia. U.C.M. Madrid. 1997

DE LA GUARDIA HERRERO, CARMEN.

Reformas Borbónicas en la Sala de Alcaldes de Casa y Corte y el Ayuntamiento de Madrid en Antiguo Régimen y Liberalismo. (Homenaje a Miguel Artola) 3. Política y Cultura. Pablo

Fernández Albaladejo y Margarita Ortega López.(EDS). Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid. Alianza Editorial. Madrid.1995

GUILLAMON, JAVIER.

Las Reformas de la Administración Local durante el Reinado de Carlos III. Colección. Estudios Admón. Municipal. Madrid. 1970

de las HERAS, JOSÉ LUIS.

La Justicia penal de los Austrias en la Corona de Castilla. Salamanca. 1991.

HERNADEZ, M.

"La evolución de un delegado regio: Corregidores de Madrid en los Siglos XVII y XVIII.

HERR, RICHARD.

España y la revolución del siglo XVIII. Cultura e Historia, Edi. Aguilar.Madrid. 1975.

HINOJOSA, EDUARDO.

El elemento germánico en el Derecho español. En "Obras", tomo II. Pub. Del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid. 1955.

IGLESIA FERREIROS, AQUILINO.

La Creación del Derecho. Una Historia del Derecho Español. lecciones. Fascículo 1. Edi. Gráficas Signo. Barcelona.1987.

JIMENEZ VILLAREJO, FRANCISCO.

Administración de Justicia y Proceso Constitucional Español: 1808-1931. Documentación Jurídica números 29-32. Madrid

KAGAN, RICHARD L.

Pleitos y Pleiteantes en Castilla. 1500-1700.

Título Original: "Lawsuits and litigants in Castile. 1500-1700". 1981. Junta de Castilla y León. Consejería de Cultura y Turismo. Salamanca. 1991.

Pleitos y poder Real. La Chancillería de Valladolid (1500-1700). Revista Fundación Universitaria. Cuadernos investigación Historia, 2. Madrid. 1978. p.295.

Las Universidades en Castilla. El Poder y Sociedad en la España de los Austrias. en VVAA. Cap. II. Edi. Crítica Grijalbo.Barcelona 1982. Obra dirigida por Elliot, Jhon H.

Justicia y poder en Castilla, siglos XVI y XVII. En *Cuadernos de Investigación Histórica.* 1979.

LALINDE ABADIA, JESUS.

Iniciación histórica al Derecho Español. Edi. Ariel. Barcelona. 1970

"Los gastos del proceso en el Derecho Histórico Español". AHDE, nº 24. Madrid. 1964. (Instituto Nacional de Estudios Jurídicos).

LASLETT, PETER.

El mundo que hemos perdido explorado de nuevo. (Versión española de Nestor A. Míguez). Alianza Universidad. Madrid. 1987.

LASO GAYTE.

Crónica de la Codificación Española. Madrid. 1972

LOHMANN VILLENA, GUILLERMO.

En torno de Juan de Hevia Bolaños. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. AH.D.E. Madrid. 1961.

LÓPEZ GÓMEZ, M^a ANGELES.

"Los Relatores del Consejo de Castilla y Sala de Alcaldes de Casa y Corte". Rev. Hidalguía. Enero-Febrero 1990 nº 218 Pág. 43-60

"Los Escribanos de Cámara (Justicia y Gobierno)". Rev. Hidalguía Enero-Febrero 1989. nº 212. Págs. 117-144

"Los Gobernadores de la Sala de Alcaldes de Casa y Corte". Rev. Hidalguía. Madrid. Noviembre- Diciembre 1987. nº 205. Págs. 973-1026.

"Los Fiscales del Consejo Real". Rev. Hidalguía. Madrid. Marzo-Abril 1990. nº 219. Págs. 193-243

"Los Presidentes y Gobernadores del Consejo Supremo de Castilla". Rev. Hidalguía. Madrid. Septiembre- Octubre 1998. nº 210. Págs. 673-704

MALDONADO FERNANDEZ DEL TORCO, JOSE

"Líneas de influencia Canónica en la Historia del Proceso Español". AHDE. XXIII. Madrid. 1953.

Curso de Derecho Canónico para Juristas Civiles. Parte General. Madrid. 1975.

MARAVALL, JOSE ANTONIO.

Estado Moderno y Mentalidad Social. Alianza Editorial. Madrid. 1986. (1ª edición 1972).

Estudios de historia del pensamiento español. (Siglo XVII). Madrid. 1975.

MARCOS PELAYO, FRANCISCO.

El Derecho Judicial en Las Partidas. Edi. Reus. Madrid. 1929.

MARINA BARBA, JESUS.

Justicia y Gobierno en la España del S. XVIII. El compendio del territorio de la Chancillería de Granada. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada. Campus Universitario de Cartuja. Granada. 1995.

MARTÍN GAITE, CARMEN.

El proceso de Macanaz. Historia de un empapelamiento. Edi. Anagrama. Barcelona. 1988.

MARTIN POSTIGO, MARIA DE LA SOTORREÑA.

Los Presidentes de la Real Chancillería de Valladolid. Edi. de la Autora. Valladolid. 1982.

Historia del Archivo de la Real Chancillería de Valladolid. Edi. de la Autora. Madrid. 1979.

MARTIN RODRIGUEZ, J.

Figura histórico-jurídica del Juez Mayor de Vizcaya., en A.H.D.E. XXXVIII. 1968.

MARTINEZ GIJÓN, JOSÉ

Estudios sobre el oficio de Escribano en Castilla durante la Edad Moderna. Centenario de la ley del Notariado Sección Primera. Estudios Históricos Volumen I. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Distribuido con la colaboración del Instituto Editorial Reus. Madrid 1964

MARTINEZ MARINA, FRANCISCO.

Ensayo histórico crítico sobre la antigua legislación y principales cuerpos legales de los reynos de Castilla y de León. Imp. De la Hija de Joaquin Ibarra. Madrid. 1908.

MENDIZABAL, FRANCISCO.

Investigación sobre los orígenes, historia y organización, Jurisdicción y Competencia de la Chancillería de Valladolid. Imprenta de Archivos y Bibliotecas. Madrid. 1914.

MERRYMAN, JHON HENRY.

La tradición jurídica romano-canónica. Breviarios del Fondo de Cultura Económica. 218. Fondo de Cultura Económica. México. 1979.

MESTRE, ANTONIO.

Historia, Fueros y Actitudes Políticas. Valencia. 1970.

MOLAS RIBALTA, PEDRO.

Consejos y Audiencias durante el Reinado de Felipe II. Universidad de Valladolid. Valladolid. 1984.

La Chancillería de Valladolid en el S. XVIII. Apunte Sociológico. Cuadernos de Investigación Histórica, nº 3 . 1979. (Reproducido en "Historia Social de la Administración Española").

Y V.V.A.A. Historia Social de la Administración Española. Estudios sobre los siglos XVII y XVIII. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Institución Milá y Fontanals. Departamento de Historia Moderna. Barcelona. 1980.

MONTES SALGUERO, J.J.

De donationibus. Aportación al estudio de la polisemia jurídica en la Edad Moderna. Madrid. 1988.

MONTON REDONDO, ALBERTO.

Juzgados y Tribunales Españoles: orígenes y atribuciones. Tecnos. Biblioteca Universitaria. Madrid. 1986.

MORALES ARRIZABALAGA, JESUS.

Procedimientos para el ejercicio gubernativo y contencioso de la jurisdicción de la Real Audiencia de Aragón en el S.XVIII. En AHDE. M. de J. Madrid. 1990. Tomo LIX.

La intervención de los Fiscales del Consejo de Castilla en la génesis del Derecho Español Contemporáneo. Documentación Jurídica. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Madrid. Tomo XV. Octubre-Diciembre 1988. Nº 60.

MORALES MOYA, ANTONIO.

Reflexiones sobre el Estado Español del S.XVIII. Instituto Nacional Administración Pública. Alcalá de Henares. 1987.

MORENILLA RODRIGUEZ, JOSE M^a.

El Ministerio Fiscal en el Sistema de Justicia Penal Español. Documentación Jurídica 29-32.

PAREDES, JAVIER.

La Organización de la Justicia en la España Liberal. Los orígenes de la Carrera Judicial. 1834-1870. Asociación Profesional de la Magistratura. Civitas. Madrid. 1991.

PASTOR ALBEROLA, ENRIQUE.

Historia de los Procuradores de los Tribunales de Valencia y de su Ilustre Colegio. Edición patrocinada por el Ilustre Colegio de Procuradores de Valencia. Valencia. 1985.

PELORSON, JEAN-MARC.

Les Letrados, juristes castillans sous Philippe III. Recherches sur leur place dans la société, la culture et l'état. Université de Poitiers. 1980.

PEREZ DE LA CANAL, M.A.

La justicia en la corte de Castilla durante los siglos XIII al XV. En *Historia Instituciones Documentos*. Sevilla. 1975

PEREZ MARTIN, ANTONIO. JOHANNES-MICHEL SCHOL.

Legislación y Jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen. Ed: Universidad de Valencia. Secretariado Publicaciones. Valencia. 1978.

PEREZ PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACO, JOSE M.

Curso de Historia del Derecho Español. Madrid. Serv. Publi. Facultad de Derecho Universidad Complutense. 1989.

PEREZ SAMPER, M^a ANGELES.

Los Ministros de la Chancillería de Granada a mediados del siglo XVIII Actas II Coloquios Historia Andalucía. Córdoba. Noviembre 1980. Andalucía Moderna. Publicaciones del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba. Córdoba 1983.

PEREZ DE LA CANAL, MIGUEL ANGEL.

La Justicia de la Corte en Castilla. Siglos XIII-XV. Historia. Instituciones. Documentos. 1975.

PESET, MARIANO. MORA, ADELA. Y OTROS

Historia del Derecho. Valencia 1992.

Lecciones de Historia del Derecho. Ed. Albatros. Valencia 1998.

Derecho Romano y Derecho Real en las Universidades del siglo XVIII. A.H.D.E. Tomo.45. Madrid. 1975.

Carlos III y la legislación sobre universidades. Madrid.1988.

PRIETO CASTRO, LEONARDO.

Derecho Procesal Civil. Volumen 1. Edi. Tecnos. Madrid.1973.

PUY MUÑOZ, FRANCISCO.

Las Ideas Jurídicas en el S.XVIII Español. Universidad de Granada. Granada. 1982.

RAMOS MENDEZ, FRANCISCO.

Derecho Procesal Civil. 2ª Edi. Tomo 1. Biblioteca Procesal de Librería Bosch. Barcelona. 1985.

RIAZA, ROMAN.

El Derecho Romano y el Derecho Nacional en Castilla durante el S:XVIII. Madrid. 1929.

RIGO SUREDA, ANDRES.

TRUFERO RODRIGUEZ, M.

Vida y Obra de Diego de Covarrubias y Leyva. Prólogo de Javier Iglesias. Edi. Colegio Mayor Diego de Covarrubias. Madrid. 1967.

RODRIGUEZ SANCHEZ, ANGEL.

"Treinta de Mayo de 1790. La Real Audiencia de Extremadura (1790-1990)". Rev. Poder Judicial. Número especial XVI. C. G. P. J. Madrid. 1990. pp. 34-50.

ROLDAN VERDEJO, ROBERTO.

Los Jueces de la Monarquía Absoluta. Uni. La Laguna. Secretaría de Publicaciones. La Laguna.1989.

ROUSSELET, MANUEL.

Histoire de la Justice. Paris. Presses Universitaires de France. 1948.

SALUSTIANO DE DIOS.

Fuentes para el estudio del Consejo Real de Castilla. Ediciones de la Diputación de Salamanca. Colección de Hª de las Instituciones de la Corona de Castilla. Serie Fuentes nº 1 . Salamanca. 1986.

SANCHEZ, GALO.

Curso de Historia del Derecho. Introducción y Fuentes. Uni. De Valladolid. Secretariado de Publicaciones. Valladolid. 1972, reedición de 1992.

SANCHEZ ARCILLA, J.

La Administración de Justicia Real en León y Castilla en la Baja Edad Media. (1252-1504). Madrid. Edi. Departamento de Historia del Derecho Español. Universidad Complutense. Servicio de Reprografía. Madrid. 1980.

SANCHEZ GOMEZ, R.I.

Estudio Institucional de la Sala de Alcaldes de Casa y Corte durante el reinado de Carlos II. Ministerio del Interior. Madrid. 1989.

Delincuencia y seguridad en el Madrid de Carlos II. Ministerio del Interior. Secretaria General Técnica. Madrid. 1994.

SEOANE CACHARRON, JESUS.

La Organización en el Proceso Civil e incidencias de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Edi. Colex. Madrid. 1986.

SARRAILH, JEAN.

La España Ilustrada de la Segunda Mitad del siglo XVIII. Edi. Fondo de Cultura Económica. Sección de Obras de Historia. Madrid. 1974.

THOMPSON, I.A.A.

Guerra y decadencia. Gobierno y Administración en la España de los Austrias. Barcelona. 1981.

TOMAS Y VALIENTE, FRANCISCO.

Gobierno e instituciones en la España del Antiguo Régimen. (" Castillo de Bobadilla "). Edi. Alianza Universidad. Madrid. 1982.

Manual de Historia del Derecho Español. Edi. Tecnos. Madrid. 1981 (1ª Edi. 1974).

Estudio histórico jurídico del proceso monitorio. Rev. de Derecho Procesal. nº 11960. Madrid.

La España de Felipe IV. Espasa Calpe. Madrid. 1982.

El Derecho Penal de la Monarquía absoluta (Siglos XVI, XVII y XVIII). Tecnos. Colección de Ciencias Sociales. Serie de Ciencia Política. Madrid. 1992 (2ª Edición).

TORRES SANZ, DAVID.

La Administración central castellana en la Baja Edad Media. Secretariado de Publicaciones. Departamento Historia del Derecho. Universidad de Valladolid. Valladolid. 1982.

TUERO BERTRAND, FRANCISCO.

Un Pleito sobre Derecho de Asilo en el Oviedo del S.XVIII. Edi. Instituto de Estudios

Asturianos. Oviedo. 1974.

SCHOLD JOHANNES-MICHEL.

PEREZ MARTIN, ANTONIO.

Legislación y Jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen. Valencia. Uni. de Valencia. Secretariado de Publicaciones. 1978.

VALLEJO, JESUS.

"Fuero Real 1,7,4 : Pleitos de Justicia". En "Historia, Instituciones Documentos".

Publicaciones Universidad de Sevilla. 1984.

"La Regulación del proceso en el Fuero Real: Desarrollo, precedentes, problemas". A.H.D.E. Tomo LV. Madrid 1985. (Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Serie 1. Publicaciones periódicas. Nº 1. A.H.D.E. Tomo LV). Ministerio de Justicia C.S.I.C.

VILLALBA PEREZ, ENRIQUE.

La Administración de la Justicia Penal en Castilla y en la Corte a comienzos del S.XVII.

ACTAS. 1993. Madrid.

VALLEJO GARCIA-HEVIA, J.Mª.

"La Monarquía y un ministro, Campomanes". Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Colección: Historia de la sociedad política. Madrid 1997.

VILLAPALOS SALAS, GUSTAVO.

Los recursos contra los actos de gobierno en la Baja Edad Media. Su evolución histórica en el reino castellano (1.252-1504). Instituto de Estudios Administrativos. Madrid. 1976.

II.- FUENTES IMPRESAS.

AGUIRRE, SEVERO.

Prontuario alfabético y cronológico por orden de materias, de las instrucciones y ordenanzas [.....] no recopiladas, que han de observarse para la administración de Justicia [.....]. Segunda Edición. Oficina de Benito Cano. Madrid. 1984. 3 Tomos.

ALVAREZ, JOSE MARIA.

Instituciones del Derecho Real de España en el S.XVIII. Ripollés. Madrid. 1829.

ANONIMO.

Proceso de Salazar. 1883

ANTONIO GOMEZ

Variae Resolutiones.

AZEVEDO, ALFONSO.

Consilia. Juan de Bostillo .A expensas de Antonio Coello. Valladolid. 1687.

Comentarium Iuris Civilis in Hispaniae Regias. En casa de Juan Hafrey. Madrid. 1612.

BACON DE VERULAM.

Ensayo de un Tratado sobre la Justicia Universal. (1561-1626).

BERMUDEZ DE PEDRAZA, J. FRANCISCO.

Arte legal para el estudio de la Jurisprudencia. Francisco Martinez. A costa de Domingo Gonzalez (mercader de libros).Madrid. 1633.

BERNI Y CATALA, JOSEPH.

Apuntamiento sobre las Leyes de Partidas. Herederos de Gerónimo Conejos. Valencia. 1759.

El abogado penitente. Valencia. 1747.

El Abogado Instruido en la práctica civil de España. Valencia. Cosme Grancha. 1738.

Instrucción de Alcaldes Ordinarios que comprende las obligaciones de estos y del Almotacén [...] 3ª Edición. Imprenta de José Tomás Lucas. Valencia. 1783. (Edición facsimil de la Secretaría General Técnica del Ministerio de las Administraciones Públicas. 1988)

Resumen de los Privilegios, Gracias y Prerrogativas de los Abogados Españoles. Joseph Th. Lucas del S. Oficio. Valencia. 1764.

BLANCO WHITE, JOSE.

Cartas de España. 1822. Introducción de Vicente Llorens. Alianza Editorial. Madrid. 1972.

BOADA DE LAS COSTAS Y FIGUERAS, PEDRO.

Adiciones y repertorio general de la práctica universal forense de los Tribunales Superiores e Inferiores de España e Indias. Imp. Ramón Ruiz. Madrid. 1873.

BRAVO, EMILIO.

De la Administración de Justicia. Establecimiento tipográfico de E., Diaz y López. Madrid. 1864.

CABARRUS, CONDE DE.

Cartas sobre los obstáculos que la naturaleza, la opinión y las leyes oponen a la felicidad pública. Edi. Al cuidado de José Esteban siguiendo la de Madrid de 1820. Fundación Banco Exterior.Madrid. 1990.

CADALFACH Y BAÑUGA.

Prontuario de las acciones.

CAMPOMANES, PEDRO RODRIGUEZ DE. (1723-1803).

Colección de Alegaciones Fiscales. Publicadas por D. José Alonso.

CAÑADA, CONDE DE LA.

Instituciones Prácticas de los Juicios Civiles así Ordinarios como Extraordinarios. Oficina de Benito Cano. Madrid. 1794.

CARLEVAL, TOMAS.

Disputatorium iuris variarum. (3ª edición). Manuel López. Madrid. 1656.

CARVAJAL, BARTOLOME.

Instrucción y Memorial para Escribanos y Jueces Ejecutores así en lo criminal como civil, y escrituras públicas. Impreso en Granada en casa de H. Mena. 1585.

CARRAMOLINO.

Método actual de la sustanciación civil y criminal en la jurisdicción real ordinaria, o compilación lógica y metódica por el orden de materias y de las atribuciones de cada funcionario en la Administración de Justicia, que comprende todos los procedimientos judiciales dictados o establecidos desde la publicación del Reglamento Provisional de 1835 hasta el Decreto de 1838. Madrid. 1839.

CASTILLO DE BOBADILLA, GERÓNIMO.

Política para Corregidores y Señores de Vasallos en tiempo de paz y de guerra, y para jueces eclesiásticos y seglares, y de Sacas, Aduanas, y de Residencias, y sus oficiales: y para Regidores, y Abogados, y del valor de los Corregimientos, y Gobiernos realengos, y de las órdenes". Instituto Estudios Administración Local. Madrid. 1978. (Facsimil. C. Juan Bautista Verdussen. Amberes 1704).

DE CASTRO, JUAN FRANCISCO.

Discurso crítico sobre las leyes y sus intérpretes en que se demuestra la incertidumbre de las leyes y la necesidad de un nuevo metódico Cuerpo para la recta Administración de Justicia. Joaquín Ibarra. Madrid. 1765.

CASTRO Y OROZCO, JOSE.

Instrucción de procedimiento civil con respecto a la Real Jurisdicción Ordinaria.

CELSO, HUGO.

Repertorio de las Leyes de todos los Reinos de Castilla. Valladolid. 1547.

CERDAN DE TALLADA, TOMAS.

Variloquium. 1604.

"Memorial para abreviar los pleitos". Impresión en el Consejo. 1607.

COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID.

Observaciones sobre la Instrucción del Procedimiento Civil. (30-Septiembre-1853).

CONDE DE CABARRÚS.

Cartas. Edición al cuidado de José Esteban. Fundación Banco Exterior. Madrid. 1990.

CORNEJO, A.

Diccionario histórico y forense del Derecho Real de España. Imprenta de Joaquín

Ibarra.Madrid. 1779.

CORTINES Y ANDRADE.

Decálogo Legal. 1784.

COVARRUBIAS Y LEYVA, DIEGO.

Textos Jurídico-Políticos. Selección y prólogo de M. Fraga. IEP. Colección Cívitas. Madrid. 1957.

Didaci. [...]Philippi II. Hispaniarum Regis. Fratum de Tournes. Génova. 1762.

COVARRUBIAS.

Discurso sobre el estado actual de la Abogacía. 1789.

Plan de disertaciones sobre práctica de Tribunales.1792.

DANVILA COLLADO, M.

El Poder Civil en España. 6 volúmenes. Imprenta y Fundición de Manuel Tello. Madrid. 1885.

DOMINGUEZ VICENTE, J.M.

Ilustración y continuación de la Curia Filípica y corrección de las citas que en ella se hallan erradas. Imp que regenta Francisco Bertón. Valencia. 1770.

DOU Y BASSOLS, RAMON LAZARO.

Instituciones del Derecho Público General de España con noticia particular de Cataluña. Oficina de Benito García y Cia. Madrid. 1800.

ELIZONDO Y ALVAREZ, FRANCISCO ANTONIO.

Práctica Universal forense de los Tribunales Superiores de España e Indias. Joaquin Ibarra. Madrid. 1770 (segunda impresión)

ESCOLANO DE ARRIETA, PEDRO.

Práctica del Consejo Real. 2 Tomos. Imprenta Vda. e hijos de Marín. Madrid. 1746

ESCRICHE, JOAQUIN.

Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia. Madrid. 1847. 3ª Edi.

ESTUGAL Y GIBER, JUAN ANTONIO.

Tratado de Observación y Obediencia que se debe a las Leyes, Pragmáticas, Sanciones y Reales Decretos. Manuscrito s/c. Biblioteca Ministerio de Justicia. Madrid.

FABIE, ANTONIO MARIA.

Disertaciones Jurídicas sobre el desarrollo histórico del Derecho [...] y sobre la Organización de Tribunales. Impresión Revista de Legislación (BJAAEE). Madrid. 1885.

FABREGAT Y CORTES, MAGIN.

Lecciones de procedimientos Judiciales y de Práctica Forense. Barcelona. 1928 y 1921.

FEBRERO, JOSE.

Novísimo o Librería de escribanos e instrucción jurídico teórico práctica de principiantes.
Imp. Pedro Marín. Madrid. 1786.

FERNANDEZ DE AYALA Y AULESTIA.

Práctica y Formularios de la Chancillería de Valladolid. Francisco Revilla. Zaragoza. 1733.

FORONDA, VALENTIN DE.

Colección de máximas, preceptos y consejos para los señores intendentes, corregidores y
alcaldes. Imp. Benito Cano. Madrid. 1801.

GOMEZ NEGRO, LUCAS.

Elementos de práctica forense. Imprenta de Don Mariano de Santander y Fernandez, *Editor y
Amigo del autor.* Valladolid, 1830.

GOMEZ DE LA SERNA, PEDRO.

Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de
Enjuiciamiento Civil. Imp. de la Revista de Legislación. Madrid. 1857.

GONZALEZ DE TORNEO.

Práctica de Escribanos que contiene la Judicial y orden de examinar los testigos en causas
civiles, hidalguías, y causas criminales [.....] . Imp. Cristóbal Laso. Medina del Campo.
1603.

GUARDIOLA Y SAEZ.

El Corregidor perfecto y un Juez exactamente dotado de las cualidades necesarias
y convenientes para el buen gobierno económico y político y la más recta administración de
la Justicia en ellos. Imprenta y Librería de Alfonso Lopez. Madrid. 1785

JORDAN DE ASSO DEL RIO, IGNACIO MANUEL Y RODRIGUEZ, MIGUEL.

Instituciones del Derecho Civil de Castilla. Imp. Ramón Ruiz. Madrid. 1792.

HEREDIA ,ALONSO DE.

Dechado de Jueces en el cual se hallará la muestra de como ha de ser un buen Juez. Imp. Joan
Rey. Valencia. 1566.

HERNANDEZ DE LA RUA, V.

Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Madrid. 1856.

HEVIA DE BOLAÑOS, JUAN DE.

Curia Philipica. Imp. Juan de San Martin. Madrid. 1767,

JUAN Y COLOM, JOSE.

Instrucción de Escribanos en orden a lo Judicial. Imp. Antonio Fernández. Madrid. 1787.

LARREA, JUAN BAUTISTA.

Novarum decisionum sacri regii senatus granatensis regne castellae. Lugduni. Deville & Chalmette. 1729.

LOPEZ, GREGORIO.

Glosas a Las Partidas. Impreso por Andrea Portonaris. Salamanca. 1555. Edi. Facsimil. B. O. E. Madrid. 1974.

DE MANUEL Y RODRIGUEZ, MIGUEL.

Memoria sobre los defectos de los textos legales y la Administración de Justicia. A. H. N. Estado. 2929-84.

MARCILLA SAPELA, GUMERSINDO.

Origen y Memoria de la Chancillería de Valladolid. Imp. de F. Santarem. Valladolid. 1883.

MARCOS GUTIERREZ, J.

Fichero reformado y anotado o Libro de Escribanos, Abogados y Jueces. Madrid, 1818.

MARTINEZ, MANUEL SILVESTRE.

Librería de Jueces utilísima y y universal, para abogados[...] Imp. del Diario. Madrid. 1763.

MARTINEZ MARINA, F.

Juicio crítico de la Novísima Recopilación, 1860

Ensayo Histórico crítico sobre la Legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla. Imp. de la hija de Joaquín Ibarra. Madrid. 1808.

MARTINEZ SALAZAR.

Colección de Memorias y Noticias del Consejo. 1764.

Práctica de sustanciar pleitos ejecutivo y ordinarios. Imprenta de Pedro Marín. Madrid. 1785.

MARTINEZ DE ZAMORA, F.

La Margarita de los Pleitos. Publicado por C. Ruiz. AHDE. XX. 634-738. Madrid. 1950

MELENDEZ VALDES, J.

Discursos Forenses. Imp. Real. Madrid. 1821.

MIGUEL SANCHEZ, FRANCISCO DE PAULA.

Dirección Teórico Práctica de Alcaldes Constitucionales. Granada. 1821.

MONTALVAN, JUAN.

Trtado Académico Forense de los procedimientos judiciales. Madrid. 1856.

MONTERROSO Y ALVARADO.

Práctica civil y criminal e Instrucción de Escribanos. Imp. Andrés Angulo. Alcalá de Henares. 1571.

MORA Y JARABA.

Tratado Crítico. Los errores del Derecho Civil y abusos de los Jurisperitos. Madrid. 1748.

MUÑOZ, JUAN.

Prácticas de Procuradores para seguir Pleitos. Por Mateo Fernandez, impresor del Rey. Madrid. 1659.

MURATORI, LUIS ANTONIO.

Defectos de la Jurisprudencia. Traducido del italiano por Vicente María de Tercilla, abogado de los Reales Consejos. Imp. Vda. de Joaquin Ibarra. Madrid. 1794.

ORTIZ DE ZUÑIGA, MANUEL.

Práctica General Forense. Imp. Vda. de Jordán e Hijos. 1845. Madrid. Tercera edición.

PAZ, CRISTOBAL.

Scholia ad leges regias. Alfonso Martín Tipógrafo. 1608.

PEREZ Y LOPEZ, A.

Teatro de la Legislación Universal de España e indias por orden cronológico de sus cuerpos[...] Madrid. 1779.

PIÑA, ANTONIO.

De Feijoo a Sotomayor. 1868.

RIOJA GARCIA HIDALGO Y VALLADARES, GONZALO.

Compendio para la formación de un Código [...] facilitando el buen despacho de las causas y pleitos [...] Murcia. 1753.

QUIROGAS PORRAS.

Compendio Histórico del Derecho Civil en España. Santiago de Compostela. 1836.

RAMIREZ, JUAN.

Libro en que están compiladas algunas Bulas de nuestro Muy Santo Padre concedidas en favor de Sus Altezas y todas las Pragmáticas que están fechas para la buena gobernación del Reino. Sevilla. 1503. Edi. Facsimil del Instituto de España. 1973.

SALA Y BAÑULS, JUAN.

Instrucción del Derecho Real de España. Dos tomos. Imp. J. de Orga. Valencia. 1803.

SEMPERE Y GUARINOS, JUAN.

Ensayo de una Biblioteca Española de los mejores escritores del reinado de Carlos III. Edi. Facsimil de Gredos. Madrid, 1969. (Madrid. Imp. Real. 1785.)

Biografía de Diego Covarrubias. Manuscrito Biblioteca Ministerio de Justicia. S/C. 1785.

Observaciones sobre el origen, establecimiento y permanencias de la Chancillería de Valladolid y Granada Granada. 1796.

SANCHEZ SANTOS.

Colección de todas las Pragmáticas, Cédulas [...] publicadas en el actual reinado del señor

Carlos IV. Dos tomos. Madrid. Imp. Vda. e Hijo de Marín. 1797.

SANTAYANA Y BUSTILLO, LORENZO.

Gobierno político de los pueblos de España y Corregidores, Alcaldes Y Juez. 1769. Estudio Preliminar de F. Tomás y Valiente. Inst. Estudios Admón. Local. Madrid. 1979.

Los Magistrados y Tribunales de España. Su origen, instituto, jurisdicción y gobierno. Zaragoza. 1745.

SANTIAGO RIOL.

Historia de los papeles de España y Fundación de los Concejos y Chancillerías. 1726.

SANTOS SANCHEZ.

Estracto puntual de todas las Pragmáticas, Cédulas, provisiones, Circulares y Decretos publicados en el reinado de Carlos III. 1792-1793.

TAPIA, EUGENIO.

Febrero Novísimo o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos. Tomo 4. Imp. Ildefonso Mompie. Valencia. 1828.

VICENTE Y CARAVANTES, J.

Tratado-histórico-crítico-filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la Nueva Ley de Enjuiciamiento. Madrid. 1858.

VILLADIEGO Y VASCUÑANA, A.

Ilustración Política y Práctica Judicial conforme al estilo de los Concejos, Audiencias y Tribunales de Corte y otros ordinarios del Reino[...]. Imprenta Juan de Ariztia. Madrid. 1720.

VIZCAINO PEREZ.

Tratado de Jurisdicción ordinaria para dirección y guía de los Alcaldes de España. Madrid. Imp. Vda. de Ibarra. 1796.

III.- LEGISLACIÓN.

Las Siete Partidas del sabio Rey Don Alfonso el nono. nuevamente glosadas por el Licenciado Gregorio Lopez del Consejo Real de Indias de Su Magestad. Impreso en Salamanca por Andreas Portonaris, impresor de Su Magestad. 1555.

Recopilación de la Leyes de estos reynos hecha por mandado de la magestad Cotólica del Rey don Felipe Segundo nuestro señor; que se ha mandado imprimir, con las leyes que despues de la última impresión se han publicado. por la Magestad Cotólica del Rey don Felipe Quarto el Grande nuestro Señor. En Madrid, por Catalina del Barrio y Angulo. Y Diego Díaz de la Carrera. 1640.

Novisima Recopilación de las Leyes de España. Impresa en Madrid, 1805. Edición facsimil

del Boletín Oficial del Estado.

Ordenanzas del Consejo Real de su magestad. La Coruña 12 de julio de 1554. En "Provisones nuevas", nº 17.

Ordenanzas Reales de Castilla. Recopiladas y compuestas por el Doctor A. DIAZ DE MONTALVO, en "Los Codigos españoles concordados y anotados". T.VI. Imp. Rivadeneyra. Madrid. 1849.

Colección de providencias Generales expedidas en todo el año de 1788 así en virtud de resoluciones de S.M. como del Consejo unas y otras en beneficio el Reyno. Edición facsimil del original existente en la Biblioteca del Ministerio de Justicia. Secretaria General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid. 1988.

Reglamento Provisional para la Administración de Justicia en lo respectivo a la Real Jurisdicción Ordinaria.

IV.- FUENTES DOCUMENTALES.

Archivo Histórico Nacional. Fondos de Consejos Suprimidos y Estado.

Archivo de la Real Chancilleria de Valladolid. Escribanias de Perez Alonso y de Fernando Alonso.

Archivo Histórico Provincial de Segovia. Fondos de Justicia.

Archivo Histórico Provincial de Burgos. Justicia Municipal.

Archivo Histórico Provincial de Soria Fondos judiciales.

Biblioteca Nacional de Madrid. Fondo documental de PORCONES

V.- ABREVIATURAS UTILIZADAS.

A.H.N. Archivo Histórico Nacional
CHAN. VALL. Archivo Real Chancilleria de Valladolid
A.H.P.S. Archivo Histórico Provincial de Segovia
A.H.P.B. Archivo Histórico Provincial de Burgos
A.H.P.So. Archivo Histórico Provincial de Soria
P.P. Leyes de Partidas
N.R. Nueva Recopilación
No.R.Novisima Recopilación.

APÉNDICE DOCUMENTAL 1

“ Memorial para abreviar los pleitos “ 1607. Cerdán de Tallada.

El Doctor Cerdán del Consejo de vuestra Magestad, digo que ha mas de diez años que traygo en el pensamiento un discurso en razon de Estado, trabajando con el entendimiento en el a ratos hurtados de mis ocupaciones, a fin de que no aya tantos pleytos, ni duren tanto, ni tantos delictos como ay en España, particularmente en esta Ciudad y Reyno de Valencia, fundado en leyes de Castilla y fueros deste Reyno, y declaracion dellas: que segun se vee por este discurso, de mi parecer es de la mayor importancia y beneficio que pueda ser, según la ocurrencia destos tiempos tan calamitosos, y que tan turbados y desasossegados tienen los vassallos de V. Magestad, y del beneficio grande que universalmente puede resultar a España, y a toda la Christiandad: hecho presupuesto y assegurado que no es opinion nueva, (que suelen causar algunos inconvenientes) sino restityda de Doctores antiguos, y los mas graves de los que han escrito en los derechos Civil y Canonico, y leyes particulares destos Reynos de España y otros, sino olvidada por los professors desta facultad; suplicamos a V. Magestad sea servido cometerlo a personas que yo les pueda assistir para soltar dificultades, silas huviere: porque como hijos de mi entendimiento, puedo advertir lo que conviene, por ser assi del servicio de V. Magestad: al qual he estado siempre intento, y se parece bien por los effectos, que es pensamiento de la Magestad del Rey Catholico padre de V. Magestad, que era tan prudente y tan sabidor de las cosas de sus Reynos , lo desseò mucho saber, y lo consultò con personas graves. Lo mismo procuraron los Emperadores Iulio Cesar, Vespasiano, y Tito su hijo, procurando saber con muchas veras que medio se podia tomar para que no los huviesse, y lo refiere Iuan Botero que ha sido tan accepto, y no pudieron salir con ello. El qual pensamiento tuvo tambien el Christianíssimo Emperador Iustiniano. Lo mismo sintio el santo Concilio Tridentino, y el Summo Pontifice Innocencio tercero: Ibi sinem litibus imponere cupientes, cum aliis, per glos. & DD. Ibi. Y no como se ha puesto en execucion, y he visto que cada dia se multiplican los pleytos, y que duran con tan grande excesso, y assi mesmo los delictos, y que lo han causado las leyes y fueros abaxo referidas, me he determinado Christianamente emprenderlo, (aunque el menor de los que lo pudieran hazer, haviendo en España y fuera della tan grandes sujetos, y que los ha avido en los tiempos passados, centenares de años antes de la passion de Christo nuestro Señor) pensando en servir a V. Magestad, y hazer este beneficio a la Republica de España, comprehendidos esstos Reynos de Aragon, y aun de toda la Christiandad, siquiera porque otros

de mas partes lo puedan mejorar.

Las leyes que han sido causa y el todo, que aya tantos pleytos, y que duren tanto, son en respecto de las causas Civiles, un fuero del Rey don iayme el I, en el qual se dispone y se da por ley, que aunque uno siendo preguntado en juyzio, respondiende con juramento a la pregunta negandola, y se le provare lo contrario, no se le dé pena alguna, debaxo de aquel motivo, *Quod solum Deum habet ultorem*: tomado de la disposicion y ley de los Emperadores Alexandro y feliciano, con estas palabras: *Iuris iurandi contempta Religio, solum Deum ultorem habet*. Y lo dispone tambien assi la ley de la partida, las quales leyes han sido causa en parte de la multiplicacion, y de que duren tanto: que a no ser esto, y los que jurando falso en juyzio, siendo preguntados, fuessen castigados con rigor, por haver jurado falso, provandoseles lo contrario, qualquier pleyto se decidiria con mucha facilidad, por escusarse, respondiende la verdad, las dilaciones y pruebas que son necesarias para provar lo contrario con replicas, duplicas y triplicas, y tantas interlocutorias como se ofrecen antes de sentencia definitiva, impugnando la respuesta que mediante juramento se havia hecho, y por el contrario defenderla, como esta aprovado en respeto de la pena por una ley de los Digestos, con aquellas palabras de la mesma ley: *Ibi siquis iurauerit in re pecuniaria pergeniun Principis dare se non oportere, & periurauerit, &c. Imperator noster scripsit fustibus cum castigatum dimittere. Iuramentum enim subsidium veritatis esse debet, & non vinculum iniquitatis*: como lo hazen en Turquía, con no tener lumbre de fe, con mucha puntualidad, que lo heredaron, siguiendo la dicha disposicion, de los Emperadores de Constantinopla, allegada en la margen. Y assi no se puede dezir en quanto a esto ser ley de Barbaros, como dizen algunos inconsideradamente, sin tener cuenta con el efecto. Y es de manera, que he supido yo de personas de credito que han estado en Constantinopla mucho tiempo, que alla no ay pleytos, no procesos, y bieven con quietud con solo el respecto, por el temor que tienen del castigo. Y es esto de no haver pleytos en Turquía a dicha causa, que siendo Constantinopla de mas de diez y ocho millas de ruedo, y el gran Cayro tan grande, que tiene dos jornadas de camino, no ay sino dos Iuezes, el uno en lo Civil, y el otro en lo Criminal, que les llaman Cadi. Y assi no ay pleytos, porque por miedo del castigo, cada uno dize la verdad de lo que passa en el juyzio; y sino la dixerén, les castigan rigurosamente: y lo se yo de las dichas personas fidedignas, y es publico. Y que convenga que assi se haga y se castigue, a mas del servicio de Dios nuestro Señor, por lo qual dize el Real Profeta David: *Perde omnes qui locuntur mendacium*, y con mucha razon, *Deum enim contempnit, iudicem fallit, & parten ledit*. A este proposito de la obsevacion del juramento, es cosa muy escandalosa, y que causa grande maravilla

en los vasallos de V. Magestad, ver por una parte la cuenta que en todos los tiempos se ha tenido en la obsevacion del juramento, que segun refiere Plutar, el que avia de jurar por Hecules, no se lo consentian lo hiziesse debaxo de tejado, sino que se saliesse al campo, porque no se jurasse sino con mucho miramiento. Y despues en el tiempo de la ley de gracia, el dicho Emperador Iustiniano dando la orden y la forma de jurar en el juyzio, la una dellas fue, que se jurase en la Iglesia sobre las divinas Escripturas, o sobre el Altar. Y despues por el Rey don Alfonso el IX, en la ley de la partida ordenò lo propio, añadiendo en respecto del Altar, que fuesse Altar en el qual se huviesse consagrado el santissimo Sacramento de la Eucharistia y cuerpo de Iesu Christo nuestro Señor. Y aunque por la ley de Toro se quito la dicha forma del jurar en el Altar, bien se echa de ver la religion que guardaron en el jurar, y la veneracion y el respecto que tuvieron los antiguos al juramento. Tambien vemos que en el Concilio Maticense, se proveyo, que nadie jurasse en el juyzio sino en ayunas. Y el Summo Pontifice Cornelio, que fue despues de la passion de Iesu Christo nuestro Señor, en el año 252, en tiempo del Emperador Decio, en el Concilio Carthaginense dize, ser honesto que assi se haga. Del bienaventurado S. Iuan Grisostomo, Os aureum, se lee tambien, que gemia y llorava mas quando vehia que alguno llegava al Altar y ponía las manos en los Evangelios, que si le viera en la calle degollado. Y por otra siendo esto assi, y tan encarecido por tantos Principes y hombres graves, y tan deseado el asiento desto, veamos que se pase con disimulacion, dexando de castigar a los que emplazados ante Iuez, siendo preguntados, jurando falso no sean castigados con rigor, y mas en estos tiempos, que por la bondad de Dios, los Reyes de España han merecido nombre de Reyes Catholicos, por sus christianas operaciones, viendo que los que juran falso, siendo producidos por testigos, los castigan rigurosamente, por estar assi dispuesto por todos derechos divinos y humanos, tit. De falsis: y en el caso que preguntados en juyzio por el Iuez, jurando en falso, no sean castigados, es cosa que trae consigo grande escandalo y murmuracion. Y de que se aya seguido assi, y se guarde lo mesmo en toda España, en tiempos que florece en ella la Fe y Religion Christiana y mas aviendo de resultar en la Republica de España y en toda la Christiandad tan grande beneficio, atajandole por este camino tantos pleytos como se levantan y se alargan, y tantos juramentos falsos que passan sin castigo a esta causa, por no tener ley que ponga pena al que emplazado ante Iuez, interrogado, se le provare aver jurado falso contentandose con el solum Deum habet vitorem, pudiendose remediar con tanta facilidad la dicha mala ley de dos maneras. La una que se entienda en caso que no huviesse prueba en contrario, que se saca de aquel maravilloso lugar del Exodo, Ibis siquis conmendaverit proximo

suo asnum, bovem & ovem, & omne iumentum ad custodiendum, & mortuum fuerit & debilitatum, vel captum ab hostibus, nullusque hoc viderit ius iurandum erit in medio, quod non extenderit manum suam ad rem proximi sui, suscipietque tunc Dominus iuramentum, ille reddere non congetur: & quia ut dicitur in quadam lege codicis. Y lo dize Lanceloto: ad impossibilia inquit, legislator mentem non adibet. Y la otra que, como lo dizen los Doctores, el dicho lugar de los Emperadores Alexandro y Feliciano, (Quod solum Deum habet vitorem) se entiende in iuramento decisorio, que seria quando la parte se contentasse y lo cometiesse al juramento de su contrario, y de estar a lo que aquel jurasse, y con solo el juramento se acabasse el juyzio, por la disposicion de una ley de los digestos: Postrem, inquit, iudicatam iure iurando decisam, vel confessionem in iure factam nil aliud quaeritur; que se entiende tambien in iuramento decisorio: y por fuero del Reyno està establecido lo proprio, y lo dize claro la dicha ley de la partida, repitiendolo tres vezes, que se entienda en caso que el contendor lo dexasse al juramento de su contrario, que es el juramento decisorio. Y asi lo entendieron todos los Doctores sobre la dicha ley de los dichos Emperadores, puesto que Montalvo y la Glosa Gregoriana no lo advierten, que a la verdad fue grande descuydo, y lo digo yo largamente en el Veriloquio, en el cap. 20. Ver. Dice pues la ley. Ibi vide. Pero que se entienda indistintamente y sin distincion en qualesquier casos, quando el juramento no se comete por la parte, permitiendo de estar a el, es grande yerro, y muy dañoso. Y aun Baldo dize, que si la parte que ha jurado decisivamente, diesse lugar a prueba, y se le provasse lo contrario de lo que afirmó con juramento avria de ser castigado. Respondanme aora (suplico) los Doctores platicos, prudentes y discretos, que es la causa que en el juicio sacramental de la confession se resuelven tantas dudas en el espacio de una hora, o media; y si qualquier de las dificultades que alli se tratan, aunque fuesse la menor dellas, que se resuelven con tanta brevedad, se tratasse en el juyzio exterior y contencioso, puesta en manos de Aduogados, Procuradores, luezes y Escribanos, meses y aun años, a mas de lo que se gasta, y lo muestra bien la experiencia, que sirve de desengaño en todas las cosas. Yono se que pueda ser otra la causa, ni que se pueda dar otra razon, sino que como en el juyzio sacramental de la confesion, el penitaente es actor y reo, y dize la verdad desnuda de lo que passa, porque sabe que sino la dixere, se yria de los pies del Confesor sin ser absuelto para con Dios: desto viene y se sigue que el juyzio sacramental es tan breve y cierto, y el exterior y contencioso tan largo y tan incierto. Porque como los litigantes vencidos del interes, y obligados a la porfia, por la honrilla del mundo, y satistacer a la obligacion en que se han puesto en publico, no tratan la verdad, antes bien procuran quanto pueden de esconderla: de aqui viene que como en el juyzio sacramental es

el todo para alcanzar la absolucion que dessean, tratar verdad; y en el juyzio exterior la mentira; por encubrir la verdad lo que pueden, por lo dicho: y a esta causa es necesario andar en pruebas y replicas, y a hazer cada qual de las partes lo que puede para sacar la verdad a luz, o encubrir la: y esto no puede ser sin hazer prueba, y que para hazerla es necessaria la dilacion, y los otros medios susodichos. De aqui viene que ay tantos pleytos, y que se alargan tanto, que a tratarse la verdad entre las partes como en el juyzio sacramental en tan breve espacio de tiempo. Y pues se vee el daño tan grande que desto se sigue, y la ocasion que los Iuezes ignorantes, o por otros medios toman, pareciendoles que estan descargados con tener ley que lo dispone. Demas desto viendo que es prohibido por ley divina tratar mentira, y el Profeta Isaias dize: *Ibi labia vestra locuta sunt mendacium: & ibi quia corrui veritas in plateis, & retorsum est iudicium, & iustitia à longestetit.* Y que si alguno la tratasse ante V. Magestad, avria de ser castigado por ello rigurosamente, por un lugar de Baldo; y aunque se tratasse ante qualquier Iuez, por atajar los dichos inconvenientes, daños y litigios que desto suceden; y esto hace por la mayor parte de los Avogados y Procuradores que degeneran en sus officios; (aviendoles honrado tanto los derechos, como se dize en un lugar delCodigo) seria muy conveniente que quando se piden respuestas de alguno en juyzio, que no se hallassen ni estuviessen presentes ni Avogado ni Procurador, que no sirven sino de trampa y embaraço para que no se haga iusticia, por sus intereses: señaladamente en el juyzio Verbal que es tan sumario, introduzido para los que poco pueden, y que han de cobrar el servicio de poder de poderosos, quibus est indulgendum. Y por lo que dixo Iesu Christo nuestro Señor: *Pauperes semper habebitis vobiscum; & quod uni de istis minimis meis fecistis, mihi fecistis.* Del Evangelio.

Y no hay de que maravillarse que los dichos Emperadores Alexandro y Feliciano, y los que les han seguido, errassen como hombres, que tambien erraron las leyes Romanas en algunas cosas notablemente, como erraron los Emperadores Graciano, Valentiniano y Teodosiano, y despues dellos Iustiniano y Iuliano, y los Doctores que les siguieron, que son todos los ordinarios en sus lecturas, en no consentir se assegurassen las dotes a las mugeres, (hablando como se deve a tan grandes Principes y Doctores desta facultad) por aquella razon que dizen Iustiniano y Iuliano, que pues se le fia al marido la muger, tambien se le puede fiar la dote y los bienes que se le dieren, sin obligacion de dar fianças, ni assegurar los bienes que se le dieron en dote: no acordandose de la disposicion antes el Iuris Consulto Vlpiano, que dize las palabras que se siguen: *Dotis causa semper, & vbique precipua est, dotes mulieribus consevari, cum dotatas este foeminas ad sobolem provandam, replendam liberis civitatem maxime sit necessarium:* por la

qual disposicion de los dichos Emperadores es puestas a la platica, si el marido fuesse un perdido, jugador, o dicipador de la hazienda, y la muger se huviesse obligado en las deudas del marido con juramento, y con la renunciacion del beneficio del Valleyano, que es tan ordinario y platicado, y le muriesse el marido, y quedasse biuda, pobre y moça, con que dote se bolveria a casar, pues no le es prohibido por el dicho del Apostol: *Soluta est à lege viri nubat in Domino, melius est enim nubere quam vri*: aprovada tambien por el mesmo derecho comun de los Romanos por las Rubricas de *secundis Nuptiis*: y como se podia cimplir con la disposicion de la dicha ley primera de los Digestos *soluta matrimonio*. Y assi no teniendola por justa, ni praticable la dicha ley de los dichos Emperadores, y derecho comun de los Romanos, se establecio por ley, del Reyno poderse assegurar las dotes: y assi se obseva por tuycion y seguridad de las dotes y de las mugeres, porque puedan tornar a casar y que no se pierdan, y con la pobreza y no poderse tornar a casar por no tener dote, se dexen de cometer algunas cosas que como fragiles y por no tener bienes suelen acaecer, y de ahi otros inconvenientes de mayor consideracion, por no assegurar las dotes a las mugeres quando las casan: que es harto mejor que lo que se establecio por ley de los dichos Emperadores inconsideradamente, como està dicho.

Como erraron tambien de mi parecer los mesmos Emperadores Theodosio y Valentiniano en otra ley delCodigo, y los que la siguieron, en quanto establecieron por ley, que el marido que casasse con muger biuda, y curadora de los hijos del primer matrimonio, sin haverles dado curador, y dada la cuenta de la administracion, que sea obligado al daño, por la mala administracion que tuvo la biuda de los bienes de los hijos del primer matrimonio, no aviendose obligado a ello por via de la dicha administracion, ni de oyra manera, y no aver contrato de por medio que le obligasse, y por el contrario causada la hypoteca, para podele pedir al segundo marido la deuda de la muger, por encontrarse con la Rubrica y leyes que disponen, que el hijo no sea obligado por las deudas del padre, ni el padre por las del hijo, siendo sin comparacion mas obligatorio, *ratione patriae potestatis*, que es tan fuerte, y otras que no hay necesidad de referirlas: pues bastan estas para el intento, y la materia subiecto que tratamos de la dicha mala ley por el dicho motivo, *Quod solum Deum habet vltorem*.

Y porque se encuentra [.....]

castigassen a ls que juran falso en juyzio, no avria tantos pleytos de mucho; y los que no se pudiessen escusar, se resolverian con mucha brevedad y a poca costa, y lo impide la dicha mala ley, que se contenta con el, *Solum Deum habet vltorem*, aviendose de entender, quando no puede aver prueba en contrario, y en los terminos del juramento decisorio, y no de otra manera.

En respecto de los delitos y causas Criminales, se siguen tantos, por no dar lugar al castigo de los delinquentes, por poco que importen, por la dicha reglea que avemos dicho al principio, Principis obsta (data hypotesi). Para que se entienda esta dificultad, o los dichos fueros son buenos, o malos para la Republica, y al buen gobierno. Si son malos, porque se han de guardar y pasar por ellos?. De que sean malos, es patente por dos razones. La una, porque dan ocasion a mas pleytos, y a delinquir con el desasosiego de los moradores del Reyno, siendo lo contrario la paz y la quietud de la Republica y moradores della. Y la otra, porque las dichas sunt nutritive peccati, quod est prohibitum omni iure divino, & humano. Y que las dichas leyes (la una que tiene respecto a las causas Civiles, y la otra a las Criminales) sean malas, y que no se deven guardar, se ha de hazer un presupuesto, sacado del Doctissimo Isidoro, ex libro Ethimologiarum, en el qual lugar dize, que la ley para ser buena y que no sea mala, ha de tener tres qualidades: la primera; quod Religioni conveniat: la segunda, quod disciplinae congruat: y la tercera, quod saluti proficiat: Es a saber, que sea conforme a la ley de Dios y Religion Christiana: lo segundo, que sea conveniente para el exemplo del bien bivar: y lo tercero, que sea util para la salud y conservacion de los hombres, y por ella a la consevacion y aumento de la Republica, que es el fin para el qual se hizieron las leyes en el mundo, como lo dize el mesmo Isidoro. Y por tanto para que las leyes tengan las tres dichas qualidades, y que se puedan dezir buenas, y no malas, es necesario, como lo dize el mesmo Isidoro, que sean honestas, que no tengan en si imposibilidad segun naturaleza, y que sean conformes a las costumbres del lugar para el qual se hizieren, lo que se ha de entender si fueron buenas; porque las otras, mas son corruptelas que consuetud, ni leyes, por lo que dixo el santo Pontifice Nicolao, y que conformen con el tiempo, y que sean necessarias y utiles, y que no tengan en si obscuridad alguna, porque no se les pueda dar aviesas y diferentes interpretaciones, y sean endereçadas a la comun utilidad de los hombres: ninguna de las quales qualidades tienen las dichas leyes y fueros arriba referidas. Moralizando los quales lugares, que hombre de entendimiento y de sana intencion, y mas letrado, y de larga experiencia, osara dezir, sin la verguença en el rostro, que las dichas leyes son buenas, sino malas?, y que por esso es necesario, y mucho, la reformacion que esta dicha, castigando al que preguntado en juyzio jurare falso, preguntado como actor, o reo; y al que delinquire por qualquier yerro y delicto que hiziere, castigarlo a la medida que hiziere, solo no quede sin castigo, a la medida de la culpa que tuviere y del delito cometido, porque no se venga de lo poco a lo mucho, y haverse de hazer grandes castigos. Tomese exemplo para esto de lo que haze el buen labrador en el exercicio de la agricultura, que va siempre cuydadoso en quitar las malas

yervas del sembrado y de la tierra, porque sea de beneficio y de provecho; y que si lo dexa de hazer, se hinche el campo de malas yervas; por las cuales es necesario despues romper la tierra con mucho trabajo y costa, lo que no seria menester si con la prevencion y cuydado se tuviesse cuenta en arrancar las malas yervas de la tierra: como lo hazen en Castilla, que por solo echar mano se castiga, y assi no ay los delictos que ay en estos Reynos de Aragon, de que salen tres beneficios. El uno, limpiar la Republica de hombres delinquentes, como la tierra de las malas yervas. Y el otro, quitar la ocasion con el castigo a que otros no hagan semejantes yerros, como se sigue en la tierra, que no quitando las malas yervas de la tierra, las buenas y beneficiosas no dan fruto de provecho. Y el tercero, con la prevencion desterrar de la Republica tantos pleytos y delictos, y que se dexen de cometer tantos estrupos, adulterios, riñas, bandosidades y muertes que de los dichos pleytos y no castigar los delictos, por poco que parezca que importen, suelen suceder; que son cosas que llegadas al extremo, son muy dificultosas de atajar y de remedio, convirtiendose los pleytos Civiles en Criminales.

Para resolucion de todo lo dicho, y que se quite del todo la ocasion de tantas opiniones como hay entre los Doctores desta facultad, que son parte y el todo para que se muevan tantos pleytos y que duren tanto y que se gate tanto en ellos, y que se cometan tantos delictos y daños que dellos nacen, que se pierdan tantas haziendas; y por ocasion de la dicha perdida, se cometan tantos estupros y adulterios, con los otros inconvenientes, que como dize el dicho Iuan Botero en el lugar citado, y lo vemos por la experiencia, que a las vezes los gastos del pleyto son tantos, que aunque uno tenga sentencia en favor, le es contraria, por aver gastado siguiendo el pleyto y la porfia, mas de mucho de lo que juzgaren por sentencia. Tomen para esto el exemplo del perro, que roe un huesso, en el qual ya no ay que comer, y como por la porfia se saca sangre de las enzias, dandose a entender como bestia, que sale del huesso, insiste en ello sacandola de si mesmo: como le acontece al litigante. Que a la verdad si se pudiesse atajar reduziendo tantas opiniones a un principio y a una causa, seria a mi ver de notable beneficio para toda España, y aun para toda la Christiandad, para que todos los pleytos, assi Civiles, como Criminales, se abreviassen, y que no fuessen tantos como los hay aora; y que quando no se pdiesse escusar, y que fuesse necessario llegar a pleyto se resolviessen con mucha sertidumbre y con mucha resolucion; de manera que llegadas las partes a pleytear sin poderse escusar, tuviessen el desengaño pronto y facil, consultado con los Auogados. Y si fuessen tan interesados y olvidados de sus conciencias por el propio interes, llegado el pleyto a poderse determinar a las manos de los Iuezes, fuesse determinacion breve y cierta, a fin que se pudiesse poner en ella duda, ni

dificultad que lo pudiesse impedir ni destorvar, de manera que las mismas partes por la pronunciacion y publicacion de la primera sentencia, se podrian desengañar de la porfia que de ordinario se tiene por los que pleytean, cegados del interes y de la codicia, y a las veces de la malicia que les fuerça a la porfia, tomando por principio y por una sola causa la ley que con tan Christiana intencion hizo el Rey Don Alfonso en Alcala de Henares para los Reynos de Castilla, en el año de 1386, mandando con ella que se siguiesse la opinion de Bartulo, Baldo, Iuan Andrea, y Abad Panormitano, a falta de ley de Castilla: con la qual por atajar la prolixidad y confussion de tantas opiniones de los Doctores, tan contrarias unas de otras: aunque corregida por la ley primera de Toro, que ha sido el instrumento a mi ver que se multipliquen y alarguen tanto los pleytos en Castilla, con tanta diversidad de pareceres y opiniones, tan contrarias unas de otras. Con la qual ley del Ordenamiento, hecha en Alcala entiendo que devian ser los pleytos menos, y mas breves de mucho: porque el dercho comun de los Romanos, que le toman por razon natural escrita, es tan estendido, que con mucha facilidad se defienden opiniones contrarias unas de otras. Con la qual ley de Alcala, que la refiere la dicha ley de Toro, me persuado que devia estar Castilla con mas quietud y sossiego con los menos pleytos, que aora, (y que no eran tan largos, ni se gastava tanto en ellos) con la ocasion de la dicha ley primera de Toro. Puesto caso que Antonio Gomez siendo tan letrado, y que ha escrito tambien sobre algunas leyes de Castilla, y particularmente sobre la dicha ley primera de Toro, y otros no repararon en esto, el ni los demas que yo he visto; excepto Burgos de Paz que trata esta dificultad sobre la mesma ley de Toro, que segun mi opinion, no ha penetrado ni entendido el daño que ha hecho y haze la dicha ley de Toro en Castilla con la ocasion de tantas opiniones que ay sobre cada cosa de las que se ofrecen en los pleytos. Y aunque muchos Doctores lo han querido remediar con aver sacado a la luz las comunes opiniones por sus tratados, Ccommunion opinionum, tan doctamente y con tan extraordinarias diligencias, pensandolo atajar por el dicho medio, los quales refiere Antonio Corafio: en el qual lugar y lugares haze tantas diferencias para entender qual es la comun opinion por las que alli refiere, que son muchos, y los refiero yo. Por los quales Doctores se vee que nos juzgan la comun opinion la que tiene mas Doctores que la siguen: otros que el mayor numero de los Doctores de mas autoridad. Y acontece, como se vee, por lo que ellos dizen, ser como los carneros, que por donde salta el manso, saltan todos, aunque sea echarse en el rio. Y se vee tambien por las aves, que hallandose muchas juntas, por el camino que toma la primera que mueve, por alli van todas: que se saca de lo que se dize, Ibi Scientes, quod dictum vnus, facile fequitur multitudo. Y ultimamente Hieronymo Zavallos Toledano en su Tratado Communium

opini contra commu. Empero de mi parecer no està quitada la dificultad, antes bien se ha aumentado, por la variedad que ay entre ellos, con la mutacion y discurso de los tiempos; viendo que la opinion que que en unos tiempos se ha tenido por comun opinion, en otros se ha tenido y seguido la contraria por comun. Y con esta variedad de opiniones vemos por la experiencia que salen sentencias contrarias unas de otras de los Consejos del Rey nuestro señor: y los litigantes y que tienen dificultades en sus haziendas, con unos mesmos autos hallan Auogados que les dan contrarios pareceres, con la ocasion de lo mucho que ay escrito, y tanta variedad de opiniones. Y es de manera, segun la experiencia que tenemos, que no ay cosa, ni opinion por facil y minima que sea, que no se pueda vertir y reduzir a dos sentidos, y mas. Y queda provado por lo que dixo el dicho Emperador, referido por el Rey don Iayme el primero, quando doze años despues de conquistado el Reyno, hizo leyes y fueros para el Reyno, y veynte años despues corrigio, añadió y limito aquellos, tomando por fundamento las palabras del dicho Iustiniano: *Ibi. Verum cun natura continue novas deproperet çdere formas, & novis morbis nova convenient antidota praeparari, & non fit reprehendible iudicandum, si fecundum varietatem temporum statuta varientur humana.* Que las tomo el dicho Emperador Iustiniano, y los Doctores que lo aconsejaron, para hazer unCodigo y volumen de leyes de tres que eran, reduziendo el derecho comun de los Romanos a menor numero de leyes de las que avia, por la multiplicacion de pleytos y contrarias opiniones que havia, por el demasiado numero dellas, y lo advierto yo en el libro del Veriloquio. Por todas las quales razones sacadas de la experiencia, y de lo que esta escrito, se vee ser nacesario, si pudiesse ser, reduzir tanta variedad de pareceres a un principio; a una causa y opinion. por lo que dixo el Filosofo: *Quot capita tot sensus, velle enim suum unicuique est, nec voto viunitur uno:* Tomando por fundamento desta proposicion aquellas palabras referidas por Egidio el Filosofo, que las tomo de Dionisio: *Quo magis res ad unitarem diriguntur, eo praestatiores, & solidiores iudicatur.* Añadiendo a esto lo que dixo el doctissimo Isidoro: *Erit auten, lex honesta, iusta, possibilis secundum naturam, & secundum consuetudinem patriae, temporeq. conveniens, necessaria & utilis, manifesta quoq. ne aliquid per obscuritatem intaetum captiose contineat, nullo privato comodo, sed pro communi utilitate conscripta.* Que son palabras tan propias, y que todas ellas, si bien se ponderan, concuerdan con este pensamiento mio: el qual esta confirmado por lo que dixo el Rey don Alfonso el noveno, que porque los Abogados y Iuezes se concordasen en uno, hizo las leyes de las sieta partidas, como esta dicho. No obstante que parezca tan dificultoso, y que segun diran, fosan, algunos que es temeridad, respondo con dos lugares, el uno de las sagradas letras que dize: *Quod aliquando Deus revelat*

parvulis, quae non revelavit sapientibus. Y por otro lugar del dicho Emperador Iustiniano: Ibi. Sed neque ex multitudine authorum, quod melius est iudicatore, cum possit unus multos & maiores in aliqua parte superare. Y porque no tengamos los animos de los que leyeren y se quisieren aprovechar deste discurso, con tantas premissas y presupuestos; bolviendo a la memoria lo que dixo el dicho Emperador Iustiniano: quod frustra siunt per plura, quae sieri possunt per pauciora: digo que la dicha ley del Ordenamiento, corregida por la ley primera de Toro, se podria mejorar al dicho fin de abreviar los pleytos, y que no se alargassen tanto. Confiandolo de la Glossa ordinaria, con la que concordassen algunos de los nombrados en la dicha ley del Ordenamiento, como son Bartolo, Baldo, Ioan Andrea, y el Abad Panormitano, tantas veces alegada, con la mejora de la opinion de la Glossa; solo se quitasse la ocasion de andar metidos en tanta diversidad de pareceres y opiniones, pudiendose atajar: que a la verdad la dicha ley de Toro, y y tanta diversidad de pareceres como ay entre los Doctores, no sirve sino de hazer un patrimonio cierto a los Abogados, Procuradores, Iuezes y Escrivanos, y Ministros de execucion, que viven con los porfiados y malos pagadores, quien mas, quien menos; que si son malos no sirven sino de seminario de discordias, y engendrar pleytos, y de que se alarguen, con los inconvenientes que consigo traen. Contra lo que esta dispuesto por las letras divinas, ut per Salomonem: Ibi. Sex aborret Dominus, septimum autem detestatur, seminare sizonias inter fratres. Que es la razon que movio al dicho Emperador Iustiniano para reduzir las leyes del derecho comun de los Romanos: y al Rey don Alfonso en hazer las leyes de las siete partidas, y en hazer la dicha ley del Ordenamiento, con tan Christiana intencion, que esto no se puede negar. A mas desto diganme aora, que importa que la ley hable claro, si la turban y escurecen tanta diversidad de opiniones, contra lo que se dize en el Decreto desuso referido?. Al qual proposito, restituyendo la opinion de los Doctores antiguos, por lo que dizen, que se ha de tener por comun opinion, quando con la Glossa concuerda algun Doctor grave de los antiguos, como son los susodichos nombrados en la dicha ley del Ordenamiento, y lo afirman Iacobo Botizcario, y Baldo en diversos lugares, alegados por Iason en la dicha ley. Ut vim, por la autoridad, e importancia de la Glossa a la qual alaban y engrandecen tantos Doctores graves en muchos lugares de entambos derechos, con diversos epitotos que le dan en alabanza della: y de la qual dizen, que juzgando y abogando no deven apartarse de la opinion de la Glossa, ni les es licito. Baldo dezia, que temia en las determinaciones de justicia apartarse de la opinion de la Glossa. Inhaeredo Glossae tanquam ducens naventimoni. Bartolo dixo tambien, que no se devian apartar de la opinion de la Glossa, entendiendo que ella entendia mejor los textos: y lo afirman oyros Doctores

graves en diversos lugares y consejos referidos en la apostilla, hecha a Bartulo, en la qual se alegan muchos Doctores antiguos y graves que dizen lo propio, y mas la apostilla que se hizo a Iason en la misma ley y numero. Sin los que en las dichas apostillas se alegan, tiene lo mesmo Ripa, & en el qual lugar dize: *Autoritatem Glosae, & Bartholi tutisimun esse refugium, seu duae tutissime naves, cum quibus vastu Iuris pelagus navigari posse.* Sin muchos otros que yo he visto, citados y alegados per Claudium Seysel. Ioan de Imola tambien dize, que quando no tenemos que decida el caso que se ofrece, la Glossa ha de servir de texto, como si fuesse ley, y que se puede alegar como ley. Est vivendus ommino Claudius in loco citato, qui plures allegat ad istum propositum, ultra apostillas ad Bartholum & ad Iasonem, quos recesere potius esset laboriosum quam subtile ibi videns. Asi que no se me puede dezir que sea la dicha opinion novedad, sino opinion muy antigua y de Doctores graves, retituida a la memoria de Doctores tan principales y aprovados: ni se me puede tampoco arguyr de lo que dize el Iuriconsulto con estas palabras: *In rebus novis constituendis, evidens esse utilitas debet, ut recebatur ab eo Iure, quo diu equum visum est:* pues se vee ad sensum, y que es cierto que ha de salir, asegurado de la experiencia, y de tantos lugares de leyes y dichos de hombres antiguos tambien exercitados en esta facultad de la Iurisprudencia, por la evidente utilidad que trae consigo esta proposicion en beneficio de toda España, y aun de toda la Christiandad. Que a la verdad, segun lo que esta dicho, mas necesidad hay al dia de hoy de escribir para que no se escriba, que meternos en tanta diversidad y confusion de opiniones, tan contrarias unas de otras, siguiendo lo que dize Salomon: *Quod in multiloquio non decit peccatum.* Y que no se diga de nosotros lo que se lee en la divina Escripura de los que quisieron edificar la torre de Babilonia: *Quod loquebantur variis linguis,* por querer subir demasiado el edificio. Alomenos que se repare en ello, examinandolo personas de ciencia y conciencia, para ver si conviene o no; pues tantos Emperadores y en nuestros tiempos el Rey Catholico padre de V. Magestad, lo dessearon saber, como se ha dicho arriba. Y para cocuyr con este discurso con exemplos morales, y que con ellos quede aprovado con la experiencia, que es madre de todas las cosas, y para el desengaño de las buenas y malas costumbres, buenas y malas leyes: y por que se vea con demostracion quanto conviene poner a la practica este Discurso, y el grande beneficio que se puede sacar del; suplico se considere y buelvan a la memoria los muy exercitados en esta facultad de la Iurisprudencia, los muchos pleytos largos, gastos, daños e inconvenientes que causo en todas las tierras d V. Magestad, y en las demas de la Christiandad, la disposicion que se hizo por el Summo Pontifice Clemente V, con no ser mala, como se vee por la buena intencion que tuvo el buen Pontifice. Y con todo la

ocasion que tomaron los litigantes, los Avogados, procuradores y los Iuezes de usar mal della, permitiendo que las partes se pudiesen apellar de qualquier provision interlocutoria, hasta que fue corregida y mejorada por el santo Concilio Tridentino, que passaron de la una ley a la otra mas de doscientos y setenta años: en los quales tiempos que se guardava y observava la dicha Clementina, eran los pleytos por lo Ecclesiastico inmortales, por el inconveniente grande de tantas instancias de apelaciones, de interlocutorias, que se movian viciosamente en un mesmo pleyto y causa, que como se havian de determinar antes de sentancia definitiva de qualquier pleyto, se hazian inmortales: y he visto yo durar por lo Ecclesiastico sesenta, y setenta años. Considere para esto que de gastos, que daños, que discordias y malas voluntades pudieron causar con la ocasion de la dicha ley, y que de pecados y culpas cometieron los Avogados y Procuradores que lo aconsejaron, y los Iuezes que lo consintieron. pues tratar de la restitution de costas y daños es pedir abejas blancas, porque no se usa y esta puesto en costumbre; por mejor dezir, corruptela no pensar en ello. Guay dellos y de los Confesores que no hizieron de su descargo y obligacion. Considerese tambien, suplico, el inconveniente grande en que vinieron tio y sobrino, el uno segundo y el otro nieto, hijo del primogenito predefunto de Alberto Rey de Francia, sobre la sucession del Reyno, que por la diversidad y confusion de opiniones y pareceres contrarios que hubo sobre ello entre los Doctores sobre la sucession del Reyno, si havia de suceder el hijo segundo que se hallo vivo al tiempo de la muerte del Rey, o el nieto hijo del primogenito, que le representava: que por no poderse averiguar lo Doctores, qual opinion era la mas recibida, y mas justa y mas allegada a razon escrita: el Emperdor Otho hubo de cometer la determinacion al juyzio de las armas, decretando que tio y sobrino saliessen en duello, que en lenguaje Español se llama deaño. Y porque el sobrino vencio por dos veces al tio, le fue adjudicado el Reyno y la sucesion del aguelo del Rey Alberto, que lo refiere Iason muy por extenso, con muchos otros exemplares que trae Petro Gregorio in suo tractatu de Republica. El qual inconveniente se escusara, si se siguiera la dicha opinion, arrimandose a la Glossa y a los Doctores que concordan con ella, o a los Doctores nombrados en la dicha ley del ordenamiento, juntamente con la Glossa, y faltando ella. Y si se me arguyesse con dezir, que ay algunas Glossas contrarias, respondo con lo que Iason en el mesmo lugar, que en este caso se este a la Glossa con la qual concordare Bartulo y los demas que en la dicha leyalega, solo se atajasse la confusion de tantas opiniones contrarias unas de otras. Lo que esta provado tambien moralmente con dos metáforas. La una es, que seria cosa impertinente, contra toda razon, y aun tonteria y grande disparate, si buscando alguna cosa de que se tuviesse necesidad, y se supiesse que la han de hallar a media

legua, poco mas, o menos, caminando recta via, y camino derecho, que es tan poca distancia; que fuesse dando bueltas por otras partes, rodeando muchas leguas, y a peligro de perderse y no hallar lo que buscava, perdiendose por el camino: o pudiendo yr por el camino Real, llano y sin peligro, se fuesse por el monte, por riscos y barrancos, y entre piedras?. Y la otra, que si un reloj que se gobierna con menos ruedas, es mas seguro, y da las horas con mas puntualidad, y con menos costa; para que es menester buscarle de muchas ruedas, que le suelen desbaratar tan amenudo? Como son en este caso las muchas opiniones de los Doctores, rematando la dicha razon y este discurso con la dicha regla, sacada de la dicha ley delCodigo, *Videlicet, quod frustra fiunt per plura, quae fieri possit per pauciora*. Consideradas las partes que ha de tener la ley para ser buena, referidas en el dicho lugar, entre las quales dize: *Quod non contineat aliquid per obscuritatem in cautum capitose, & pro communi omnium utilitate*. como lo seria siguiendo la opinion de la Glossa, con el Doctor antiguo grave que la aprovase, por tantas razones arriba referidas; y que no se les pueda dezir a los que tuvieren la contraria opnion con la dicha ley de Toro, que la defienden por su propio interes. Para hacer el qual beneficio no tiene V. Magestad necesidad de aguardar Cortes genarales, pues no ha de ser mas de declaracion y Pragmatica, o ley de ordenamiento. Y para que este discurso tenga buen suceso con la execucion de lo que en el se dize, es necesario gobernarle por el camino de la razon y justicia: y para esto que se provea V. Magestad de buenos Iuezes, buenos Avogados , Procuradores y Escribanos, que son los ministros por cuyo medio se proveen y determinan los casos de justicia, assi en lo Civil, como en lo Criminal. A cuyo exemplo suplico se considere, que en todas las Artes Mecanicas, si los artifices no tienen buenos instrumentos para trabajar con ellos, no puede salir la obra que emprenden con la perficcion que saldria si trabajassen con buenos instrumentos: y no ser tratantes y mercaderes de la facultad de la Iurisprudencia, intentos mas que a sus provechos , que a que se guarde justicia. Y como veo en esto tanto descuydo, y que esta tan puesto en costumbre el trampear, cubriendose con las subtilidades que ay escritas, torciendo las disposiciones de las leyes, dandoles contrarios y aviesos entendimientos, sin cuydar mas que de su interes y grangeria y de sus provechos, dando sus pareceres al gusto del propio dueño que se les encomienda, y acuden a informarle de su justicia; me parece ser nacesario el castigo en los dichos ministros de justicia que hizieren mal sus oficios. Que como lo dizen los Doctores mas son deceptores y engañadores, que Iuezes y Avogados, estando obligados todos a serlo de la justicia, pues a todos nos importa que se guarde y administre. Y lo trato yo en el Veriloquio, y lo dixo el Espiritu Santo, dandolo por precepto, per Salomonem: *Diligite iustitia, qui iudicatis terram*. Añadiendo

a esto la amenaza que fiat divivno, haze la Escritura por Hieremias: vae vobis, qui iudicatis terram. Que a la verdad habla de los malos Iuezes, y lo tenemos por derecho comun, y por fuero. Y si hecha ley dello, o puesto en costumbre, faltare por los Iuezes, no executandolo, entonces castigar al Iuez, por lo que dispone una ley del Codigo, que dize hablando de los malos Iuezes: Si id repertum non vindicat, tegere ut conscius criminoso festinat. Que en buen Romance, el mal Iuez se haze encubridor de delinquentes. Y por lo que dixo el bienaventurado San Pedro, que es otro item: Pecunia tua tecum sit in perditionem quia existimasti gratiam Dei pecunia possidere: Como lo es administrart, y hazer justicia: porque no haciendola, es claro que esta en desgracia de Dios, por lo dicho: Diligite iustitiam, &.

Y porque en este Discurso se alegan algunos lugares de la sagrada Escripura y letras divinas, particularmente el lugar del Exodo, para la determinacion y prueba en parte deste Discurso se ha de notar, que los lugares de las divinas letras y sagrada Escripura se pueden bien alegar para la desicion de las causas, señaladamente en lo respectante al moral, que tiene respecto al gobierno universal y buena administracion de la justicia, se ha de notar un lugar escogidissimo del Summo Pontifice Innocencio tercero: Ibi: Secundum legem divinam. Late Alexander & Iason cum aliis adductis per ine in Veriloquio, y mas otro del Iurisconsulto.

Y porque todo entiendo averlo dicho debaxo de la censura y correccion de V. Magestad, y de los ministros graves de ciencia y conciencia, bien intencionados, amigos y observantes de lo que dixo Slomon, Sapient.i. Diligite iustitiam, qui iudicatis terram: arrimandolo a la definicion della: Videlicet, quod iustitia est constans, & perpetua voluntas, ius suum unicuique tribuens: Suplico a V. Magestad se sirva acceptar este Discurso con la voluntad y buena intencion con que le remito a V. Magestad, en beneficio universal de España. Que a la verdad sino ay fortaleza y buena intencion en los Iuezes, no se puede hazer cosa buena. Y para esto, a mas de lo que se ha dicho no quiero otro lugar ni alegacion que [.....] a gritos por las calles, sino lo impidiessen respectos humanos, que a las vezes lo impiden, y mas siendo negocio de conciencia procurar que no aya pleytos ni delictos por lo dicho.

Dominus dirigat cogitationes meas: Como lo suplicaron los Reyes, David en sus Psalmos, y el Sabio Salomon en sus Proverbios, y muchos Santos del nuevo testamento despues dellos.

Omne enim bonum ab omnipote Deo principium habet: Y lo dizen los mesmos en los propios lugares.

APÉNDICE DOCUMENTAL 2

Memorial de Miguel de Manuel y Rodriguez.

Archivo Histórico Nacional. Estado, 2929.

Aunque en España logra la felicidad de tener desde mui antiguo varios Codigos generales y municipales de leyes, de donde poderse tomar con abundancia reglas fijas para la administración de Justicia, se hallan sin embargo la mayor parte de ellos tan desgraciadamente impresos, que han hecho por si solos confusos y desconocidos los principios de nuestra legislación, facilitando la entrada y valimiento a otra jurisprudencia forastera, la cual ayudada con la primera educación en los estudios generales, ha producido el culplable olvido de nuestras leyes y costumbres antiguas, en que se cimentan las del dia comprehendidas en los codigos modernos.

Los errores que se advierten en las ediciones de aquellos cuerpos legales, provienen sin disputa de que se dieron a la prensa despues de muchos años que se habian formado; sin consultar los mejores y mas correctos originales de su primer arreglo; en tiempo que muchas de sus leyes no eran compatibles con la constitución civil que regia; y lo que es más, no teniendose presentes hay alteraciones que habian padecido desde su publicación ya por la variedad del sistema legislativo, ya por las reclamaciones que contra algunas de sus leyes se havian hecho por el reino en cortes, o por las correcciones en parte o en todo que habian recibido por Decretos y Pragmaticas publicadas desde que se formaron hasta que se imprimieron por primera vez.

A estos vicios se une el mas considerable y que esta en los comentarios y glosas de estas mismas leyes, pues siendo tan remotas de nuestra edad, y aun del tiempo en que se hicieron aquellos, si entonces semejantes ridiculos y cargados comentarios produxeron confusión, con cuanta mayor razón la causaran en el dia. De suerte que estas leyes, desde que se imprimieron han necesitado mas de un comento que iustase sus principios y costumbres antiguas en que se fundan, que una interpretación extensiva de cuestiones ineptas e impertinentes; la unica que han empleado sus comentadores con el solo efecto de hacer menos inteligible la ley.

El Fuero Juzgo que es el codigo nuestro mas antiguo, y fundamento de las leyes españolas que se han establecido despues, no se ha impreso jamas en España, por el texto latino en que se escribió originalmente. Las ediciones extranjeras, aunque son varias, se han repetido por un solo

ejemplar que tubo presente el primer editor. Tomolo de una Biblioteca de fuera del Reino, y por este camino se hallan desconocidos otros más antiguos, correctos, y autorizados que se conservan en nuestra Peninsula.

Este codigo se tradujo en castellano en el siglo 13º y por mandado del Santo Rey Don Fernando, quien lo dio a algunos pueblos como fuero municipal, para cuyo fin hizo que muchas de sus leyes , y expresiones se acomodasen a las costumbres civiles de aquella edad, variadas forzosamente despues de seis siglos. Villadiego en el año de 1600 imprimio un ejemplar de esta traducción, en que se notan muchos vicios porque el editor no entendió perfectamente aquel lenguaje antiguo, y a demás se halla defectuoso pues le faltan dos titulos y parte de otro en el libro 7º. Por consiguiente aunque este codigo fuese el que debia observarse en los tribunales, en caso de ser ley general, solo lo disfrutamos viciado y defectuoso; pero lo que conviene es que se imprima el latino como texto original, y ley comun a toda España, y del cual hay famosos traslados en Toledo, en el Escorial, y en otras Bibliotecas de Reíno.

Las Partidas padecen iguales defectos en sus edicioens, pues Montalvo que las imprimio por la primera vez en Sevilla año de 1495, añadió a su antojo varias cosas en el texto, equivocó la era de su publicación en tiempo de Don Alonso el Sabio, le aumentó un prologo que no es de su Legislador, no vió las correcciones que hizo de este codigo Don Alonso el Onceno, cuando las publicó en las cortes de Alcalá de Henares año de 1348; y en fin desentendiondose de las derogaciones, y enmiendas que recibieron por leyes posteriores y a instancias del reino, las dio a luz con tantos defectos, que justamente reclamó el pueblo está impresión, y fue causa de que se hiciese la de Valladolid de 1555.

Mas no bastó toda la diligencia del Señor Gregorio Lopez para libertarlas aun de muchos defectos, y ello es cierto que no las logramos en su texto original, y como fueron arregladas en las referidas cortes, pues asi me consta por el cotejo que he hecho de alguna parte de las impresas con dos exemplares del reinado de Don Pedro el Justiciero, y por otras observaciones críticas.

Iguales vicicos tienen El Fuero Real y Leyes de Estilo, de que he visto muchos traslados antiguos y coetaneos a sus respectivas formaciones con notables diferencias. Ni de estos defectos se ve libre la Recopilación, pues como las mas de sus leyes se tomaron de los Ordenamientos de

Cortes y otras leyes formadas muchos años antes del reinado de Don Phelipe 2º en que se recopilaron, he notado infinitas equivocaciones no solo en las citas de sus epigrafes, sino tambien en la correspondencia de las leyes recopiladas con la fuentes de donde se dice que se tomaron. Solo el que pare la consideración en el modo con que se arregló este ultimo codigo nacional, y el que tenga los originales de las leyes que en el se reprodujeron en resumeen, puede conococer estos defectos.

Es pues inescusable la necesidad que hay de reproducir principalmente aquellos codigos antiguos, consultando en primer lugar los mejores y mas correctos ejemplares del tiempo en que se formaron, por cuyo medio se rectificará en lo posible la letra o texto de la ley, y severá en su claro sentido lo que ahora parece confuso e incomprehensible en muchas partes.

En segundo lugar es preciso reducir el comento de estas leyes a la noticia de las costumbres civiles que dieron motivo a su establecimiento; y en tercer lugar, se requieren unas notas meramente interpretativas de sus vocablos o expresiones quando estas se aparten tanto de las que hoy usamosque sin semejante auxilio es dificil, o casi imposible entender sus clausulas.

Ni todo esto es aun bastante para poner en su debida claridad elCodigo de leyes cuya edición quiere hacer con la utilidad posible. Se necesita además que predeca siempre una historia racionada del tiempo de su formación, de las causas que dieron motivo a ellas, de los efectos que se subsiguieron con su publicación en el govierno, y en el Estado, y en fin la noticia de sus progresos y variaciones hasta el dia, presentandose con solo aquel aspecto que pueda ser util y practicable en la actual constitución, para que resulte de todo el que se conozca la parte util del codigo, á que ha de llamarse la principal atención de los estudiosos.

La misma serie progresiva de las vicisitudes que el valor de estas leyes han padecido desde su establecimiento hasta el presente, trae a la mano los documentos que han de servir para manifestar y valimiento de cada una de ellas; y por consiguiente si la noticia general de los años en que sufrieron alguna variedad, ò total derogación es conveniente que se dè en el prologo, no debe excusarse la nota de estas correcciones o alteraciones de cada una de las leyes que la necesiten.

Bien se deja conocer que ninguna de las ediciones de estos codigos antiguos se han hecho hasta hoy con este metodo y prevenciones: pero si hemos de sacar de su lectura y estudio todas las utilidades que pueden arrojar de si, es indispensable que así se executen. De lo contrario se hiran repitiendo con los mismos vicios y defectos que tuvieron las primeras, y viviremos siempre en la ignorancia de los principios legales en que estan fundadas sus leyes.

De aquí nace el trastorno tan sensible de las mismas regalías, y de los derechos del vasallo; la confusión en los tribunales, y el daño continuado de nuestra constitución. Ni es otro el origen de que no logre España despues de tantos desvelos en sus Soberanos y sabios ministros un sistema legilastivo fijo y constitucional. Lo que tenemos es un cumulo confuso e incomprehensible de leyes, y esta es la prueba verdadera de nuestra infelicidad segun el principio incontrastable que asienta el Presidente Montesquieu en su obra apreciable del Espiritu de las Leyes.

El gobierno que con tanta razón piensa reducir a un solo codigo todas nuestras leyes, jamas podrá conseguir un empresa tan difícil sino se rectifican los codigos que aora las contienen, conociendolas en su mismo origen, y por las costumbres civiles y causas que las produjeron..

Este solo motivo bastaria para hacerse sus ediciones del modo que he insinuado, y así mientras llega el caso de hacerse a la nación un servicio de tanta necesidad, y provecho, pongamos a lo menos los codigos que manejamos en el dia en aquella pureza y rectificación que exigen su acertado uso en la obediencia, y execución de sus leyes.

Con este objeto podria desde luego emprenderse una nueva edición de las Partidas que es el codigo al que damos más valor despues de la Recopilación, y desde que se han olvidado los fueros municipales. Su buen metodo, las fuentes de que se tomaron muchas de sus leyes, su acertada distribución, y la fama que se ha adquirido tan justamente entre propios y estraños, unida a lo escaso que estan sus ejemplares, piden de justicia que sea preferido este codigo en la idea de mejorarar las ediciones de nuestros Cuerpos legales antiguos.

La edición de Montalvo que hemos citado, y cuantas por ella se han repetido, deben ser absolutamente despreciadas por las razones que hemos expuesto; y tomando unicamente la de

Gregorio Lopez de 1555, se hace preciso cotejar con ella los exemplares que se hallan en España escritos en papel y de letra Gotica del siglo 14º con las correcciones, y del modo que las publicó Don Alonso el XI en las cortes de 1348. Todos los MSS en vitela y letra cuadrada son muy posteriores a esta epoca, debiendose temer que sus copias reproducidas varias veces y por manos diferentes, contengan poca exactitud.

La suerte de este codigo tan repugnado en los primeros años de su formación ha producido traslados defectuosos, y de mano tal vez interesada la variedad de sus leyes. Esta es una observación acreditada con la combinación de alguno de estos ejemplares.

El Rey Don Alonso el XI que las corrigió y enmendó, testifica en una ley del ordenamiento de Alacalá de Henares de 1348 que para liberarlas de los errores y defectos de copiantes, habia mandado hacer dos copias, una con el sello de oro para su Camara y otra con el de plomo para su Consejo. Yo ignoro que se conserve alguno de estos traslados autenticos; pero este defecto puede mui bien suplirse con las copias originales del tiempo de Don Pedro hijo de dicho Don Alonso que estan en al Libreria de la Santa Iglesia de Toledo, y en el Escorial.

Acaso se hallaran otros de igual caracter, y tal vez lo a el que se guarda en el Monasterio de Santo Domingo de Silos, de que tengo noticia, pero no lo he vsito, como aquellos, con los cuales he hecho yo algunos cotejos.

Sé que en tiempo de los Reyes Católicos, o de Carlos 5º se produjo en el famoso pleito del Ducado de Plasencia ante la Chancilleria de Valladolid una copia de la ley sobre Mayorazgos sacada con autoridad de las Partidas que se llaman selladas y originales que tenia el Rey de Portugal y dicen se adquirieron en la batalla de Albujarrota. Puede mui bien ser este el mismo exemplar sellado que formó Don Alonso el XI, y que lo llevase en su camara su nieto Don Juan el 1º. Ni deve escusarse una averiguación tan interesante, y en el caso de existir este ejemplar, mediar con su suplica nuestro soberano o para restituirlo a España, o a lo menos para hacerse este cotejo.

A falta de todo debenen ser mui presentes los tres Libros de que se sacaron muchas de la leyes de Partidas y son Summa Aconis, Summa Hostiensis y Summa Gofredi; tambien es

indispensable combinar a este fin las Partidas con el Libro que compuso el Obispo de Segovia Don Gonzalo de Bustamente y tiene por titulo Peregrina.

Esta obra es un Repertorio por alfabeto de todas las leyes de Partidas vueltas de romance en latin, y de las que concuerdan con ellas tomadas de los Ordenamientos de Madrid de 1325, de Valladolid de 1329, de Alcalá d 1348, y ultimamente del de Briviesca de 1387.

Aquel Prelado fue verdaderamente sabio, como consta de los claros varones de Hernan Perez de Guzman. Vivió en tiempos de Don Alonso el XI, y sus hijos Don Pedro y Don Enrique, de Don Juan I 1º y murió en junio de 1392. De que se sigue que manejaria las Partidas corregidas por su reformador y a ellas y no a los ejemplares anteriores arreglaria su obra. Lo cierto es que por lo que he notado a vista del ejemplar que de ella se conserva en el Escorial, me desengañé de que no la vieron ni concocieron sus glosadores, pues si la huviesen visto seguro es que no comentaran e interpretaran muchas de ellas violentando el significado de sus voces al quererlas expresar en latin.

Rectificado en lo posible el texto de las Partidas con estas previas diligencias, deven hacerse perceptibles muchas de sus clausulas obscuras y palabras antiguadas por medio de una notas meramente gramaticales, probando su interpretación con documentos sincronios, o de aquella edad. Los muchos que poseo pertenecientes a la legislación de aquellos siglos me facilitan este trabajo, y el de notar tambien al pie o margen de las leyesque lo exijan, si estan o no en uso, o si han padecido variedad en parte o en todo su contexto. Así se logrará dar a estas leyes toda la ilustración util que requieren, descargando las de aquel comento farragoso y cuestiona1 con que se hacen hoy fastidiosas.

Resta decir el modo y contenido del discurso que ha de preceder a esta edición; para cuya obra tengo ya preparado muchos matariales de sumo aprecio y curiosidad.

Ante todas cosas puedo producir con novedad la noticia cierta de la idea con que se hizo este Codigo, de las fuentes que se consultaron para su formación, de las razones que detuvieron por un siglo su valimiento; de quando y quantas veces se enmendaron hasta su ultima reforma en el año 1348; del efecto que entonces causaron en la constitución civil de esta monarquia; de las

reclamaciones, variedades, y derogaciones que han recibido posteriormente; de las ediciones que de ellas se ha hecho fuera y dentro de España; de sus glosas tanto impresas, ineditas; y ultimamente de la autoridad que debe tener este código por las leyes antiguas y modernas, y por su misma naturaleza.

Me parece que esto bastaría a ponerlo en todo aquel grado de aprecio que merec, y en el estado de perfección y utilidad que debe presentarse al público; cuya edición, siempre que parella se me autorice y auxilie por la Superioridad del modo que conviene al buen éxito de la empresa, y al recompensa de que se hace acreedor cualquiera que la desempeñe debidamente, me ofrezco gustoso a completarla en estos términos dentro de un año, comprometiendome a continuar por los mismos medios las ediciones de los otros Códigos de Castilla, sobre cuyos defectos y métodos de remediarlos estoy pronto a dar la instrucción necesaria que se me pida.

Bien creo que se admirará esta propuesta graduandola tal vez de temeraria y fantástica; pero si se tiene en consideración que hace ya dieciseis años que me ocupo incesantemente en este estudio; que he registrado y visto por mi mismo todo cuanto cito e insinuo, no escusando gasto ni diligencia para la adquisición de los documentos legales de España, sobre los cuales estoy formando la Historia de nuestra legislación; y que estos mismos documentos ineditos pueden en la hora ponerse de manifiesto, y no menos experimentar en corto tiempo los efectos de mi proposición en cuanto a las Partidas, confío que nada se hará extraño, y que merecerá crédito y aceptación al celo que me anima en servicio y utilidad de la Patria.

Miguel de Manuel y Rodríguez.

APÉNDICE DOCUMENTAL 3

“ Instrucción de Alcaldes Ordinarios, que comprende las obligaciones de éstos y del Almotacén, conforme a las Leyes Reales de Castilla, Estatutos y Fueros municipales de los lugares y villas de España “. Por el Doctor D. Joseph Berní y Catalá, Abogado de los Reales Consejos. 1763.

IN T R O D U C C I O N.

AVIENDO salido por el Reyno con varias dependencias, me ha causado lástima la confusión que padecen algunos Alcaldes Ordinarios, pues acompañándoles buen zelo, no saben que hacerse en la administración de la Vara, que por un año se les confiere. Si consultan con Abogado, y les sale mal, se desesperan; y como Alcalde, y Subditos regularmente son Labradores, se forman una Justicia a su modo, que apenas ay quien les entienda. Los vecinos en alguna parte se quejan del mal que reciben en las huertas, de lo comestible que va caro, de los bagages que á menudo se les encarga; de la poca comodidad de las posadas, y demás de este tenor.

En vista de lo dicho, he procurado formar esta Instruccion de Alcaldes Ordinarios, y contiene dos partes. La primera la divido en ocho Capítulos, que comprehenden la *Jurisdicción de Alcaldes Ordinarios, norma de seguimiento de Causas Civiles, y Criminales, prevenciones para el repartimiento del Equivalente, y bagages, precauciones para lo comestible, reglas para Caceles, y Mesones, alivio de Pobres, seguridad de huertas, y caminos derechos de las justicias Ordinarias.*

En la segunda parte intento manifestar á los Alcaldes Ordinarios las obligaciones de Amotacén, que es mucho del caso. Lo primero, porque el Alcalde es Subdelegado del

Corregidor, de la misma manera, que lo es el Amotacen. La segunda, porque el Alcalde Ordinario tiene jurisdiccion en el Respeto, y en el seguimiento de causas contra delincuentes en lo, que mira al Amotacen. Y lo tercero, porque en los Lugares, unos años on Alcaldes , y al siguiente año sirven los que fueron Alcaldes, de Amotacen. Cuya segunda parte contiene

ocho Capítulos, en los que se manifiesta la *Jurisdiccion, Compositura, v modo de proceder en el Tribunal de Amotacen. Los Pesos y medidas; prevenciones para Pan, Vino, Carne, y frutas; reglas para extinguir Revendedores, y circunstancias para rondar.*

Con estos asuntos podria formar un crecido volu men , pero no he querido, al contemplar serviria de confusion, mas que de alivio: pues hacer tratados grandes, esto es,

utiles, y convenientes, no consiste en las muchas voces, y citas; si en hablar poco, y ajustado á Ley. Esto ultimo pretendo : voy al asunto.

PARTE PRIMERA.

CAPITULO 1.

JURISDICCION DE ALCALDES ORDINARIOS.

No es menester decirse, que Alcaldes no pueden ser locos, mudos, sordos, ciegos, enfermos, o de mala fama. (*Ley 7. Tit9. Lib3. Recop.*). Las causas, o son Civiles, o Criminales. En terminos de las Civiles, puede conocer de *todas*, estando el reo o cosa raiz en el Lugar, o distrito de su Jurisdiccion, y cual sea éste, se lo darán á entender los Mojones, o confines. Aunque dixe la palabra *todas*, es con la limitacion de exceptuarse los privilegiados; y quales sean estos, se lo dirá al Alcalde su Asesor.

2 En lo que mira á causas criminales (sucedidos los delitos en su Jurisdiccion) puede conocer tambien el Alcalde Ordinario, y.dar sentencia, asesorandose para todo; con tal, que si la sentencia fuere de horca, garrote , tormento, galeras, azotes, destierro, que exceda de su termino, presidio, vergüenza pública y demas de tenor; no se puede poner en práctica, á menos que consultandose con la Real Sala del Crimen.

3 Pero ha de tener presente el Alcalde Ordinario, que en delitos graves ha de dar cuenta en continente al Señor Fiscal Criminal de lo que pasa, y de las diligencias, que practica con acuerdo de su Asesor; pues de esta forma obviará muchos inconvenientes.

4 Si el reo se refugiare á la Iglesia, ha de poner a distancia, guardias el Alcalde, para que el reo no huya: y despues su Asesor ya sabe lo que ha de hacer: los terminos atentos, protestas, y contraprotestas, que ha de practicar, a fin de conseguir asegurar al reo; (segun la práctica de este Reyno) pero en esta materia ambas Jurisdicciones se componen, conduciendo al reo á la Carcel á orden de los dos Tribunales Eclesiastico, y Secular, y entre tanto corre la contencion

5 Otra dificultad puede suceder, y es, que el Alcalde por razon de Privilegios del reo, no se atreva á practicar ningun acto, y ha de saber, que aunque no tenga Jurisdiccion con el reo, puede prenderle, (en delitos graves) y en consecuencia, dar cuenta al correspondiente Juez

6 Tambien ha de procurar inquirir el Alcalde Ordinario, si en su Jurisdiccion se usan

juegos prohibidos de naypes y dados, &c. Si ay amancebados, blasfemos, &c. y de todfo lo que le parezca malo, dé cuenta al Asesor

7 Tambien el Alcalde ha de rondar las mas noches, y de esta forma examinara mejor , quienes meten alboroto en el Lugar. Zelando, y castigando á los que llevan armas sin titulo alguno. Mire que de este cuidado nacen muchos bienes. *Hasta aqui la primera impresion , y se añade lo siguiente*

8 Procurará saber lo que dexó mandado el Juez de Residencia y observará las reglas con la mayor puntualidad; pues de lo contrario, será mas dign d repension, quando sea residenciado.

9 El Alcalde ha de tener presete, que no se pueden permitir pechos, ni derramas, sin facultad Real, *Auto I. tit. 6. lib. 1. Rec. n. 2. Ley 19. tit. 6. lib-3. Rec.* y que los Ayuntamientos solo tienen facultad para repartir entre los vezi nos, y para urgencias comunes, 3000-maravedis, *Ley 25. tit. 6. lib-3. Rec.* llevandose de todo cuenta, y razon con la mayor claridad. Y en el caro de aver pechos antiguos sin facltad Real, dará cuenta el Alcalde á el Fiscal de su Magestad , y la carta de respuesta la archivará, para qu le sirva de resguardo, quando se le haga cargo de tal asunto.

10 Procurará el Alcalde de que se noten en el libro las penas de Camara, y gastos de Justicia, y sus destinos-con la mayor claridad; remitiendole el reliquato al Receptor General: *Auto I. tit. 6. lib. 3. Rec.* Y en el caso de que el Lugar esté encabezado, también ha de aver clara cuenta y el destino correspondiente.

11 Los Alcaldes no pueden ir á la parte con Escribanos, ó Tenientes , Alguaciles, ó Guardias: *Auto I, tit. 6, lib3. Rec. n. 6*

12 Cuidará el Alcalde, que en el Ayuntamiento esté la Nueva Recopilación de Castilla; porque assi está mandado en la Pragmática, que da principio a la Recopilación del año 1745. y es muy conveniente tener siempre a la vista las reglas para obrar bien.

13 El Alcalde deve vigilar sobre la conservacion de los mointes , plantas , cazas , y pescas, *Ley 5. tit7 lib. 3. Auto I. tit. 6. lib-3. Recopilacion, n9.*

14 Cuidará, que el posito esté bien reglado, y con aumento; mandando aprontar los caudales extraviados, *Auto I. tit. 6. lib. 3. Rec. n. 1 3.*

15 Procurará el Alcalde extinguir los pecados públicos en su termino, *Auto I. tit. 6. lib. 3. Rec. n. 14.* remediandolos con prudencian

16 Los Alcaldes procurarán no recibir regalos, o presentes, *Auto I, tit, 6, lib, 3,*

Rec, n15. miren de lo contrario gravan sus conciencias; y tengan presente, que antes, ni despues de ser Alcaldes nadie les regalaba; luego el regalo es al empleo , y con fin particular de atar las manos del pobre Alcalde.

17 El Alcalde no puede consentir, que el papcl sellado fe venda mas caro de lo que el

Rey manda; porque faltará á su obligacion el Alcalde, sin que sirvan pretextos.

18 El Alcalde deve dár cuenta al Consejo de quanto ocurriere digno de remedio:*Auto I, tit, 6, lib,3, Rec, n,24*

19 Tambien deven cuidar los Alcaldes fobre los procedimientos de Receptores, Alguaciles, Depositarios, Fieles, Guardias, Regidores, y Escribanos de su Jurisdiccion, para que obseven lo que el Rey manda: *Ley 14. tit. 6 lib. 3. Auto I. tit. 6. lib. 3. Rec. n.28*

20 Si el Alcalde observare, que su Asesor le aconsejare auto para que un menor administre sus bienes, no le crea; porque este expediente no le toca: *Auto I tit, 6, lib 2, Rec n 44*

21 Tambien tendrá presente el Alcalde, que no puede ser comerciante; y lo mismo milita para con el Corregidor *Ley 2, tit. 6, lib 3, Recop,*

22 El Alcalde cuidará, que en el Juzgado, y Carceles estén fixados los respectivos Aranceles, y que se observen

23 Los Alcaldes deven cuidar que no aya mascarar ni anden mugeres tapadas, *Ley 1 l. tit. 3. lib. 5., Recop.*

24 El Alcalde puede, y deve inquirir sobre el cuidado que se tiene de los Huerfanos, y sus rentas, y como se les trata, *Auto I, tit, 6. lib. 3. Recop. n. 12.*

Y por ultimo, siendo el Alcalde temeroso de Dios, se informará de todo quanto practique; y el buen zelo siempre le guiará para el acierto. Un Alcalde tiene mucha Jurisdiccion, si tiene un buen Abogadoque le aconseje; pues no pudiendo éste ignorar el Derecho Español, y lo que en asunto de Jurisdiccion han escrito infinitos célebres Españoles; se viene a la vista el facil medio, con que un Alcalde lego puede cumplir con tan pesado empleo

CAPITULO II.

PREVENCION PARA CAUSAS CIVILES, y Criminales.

1 Esta materia de eguimiento de causas , en lo que mira a Alcaldes Ordinarios, se reduce á siete puntos; primero: No creer al Escrivano en cosa alguna Juridica; y de aqui nacerá, que el Escrivano solo se meterá en su Facultad, y no en ser Juez, Escrivano, y Abogado en una misma causa, lo que es impermitido.

2 El segundo punto: buscar por Asesor a un Abogado que sepa Leyes, para que de esta forma consiga acierto en lo que emprendiere. Dixe, *que sepa Leyes*: porque la malicia se ha extendido á que muchos con solo el titulo de Grado, ván por los Lugares haciendo de Abogado; y la lástima es, que se les ha olvidado saber leer

3 El tercer punto consiste, en no permitir, que exerciten en su Juzgado el empleo de Abogado, á menos, que mostrando el titulo de la apribacion. Mire que en esto vá mucho (*L.I. tit.16, lib. 2, Recop*)

4 En terminos del punto quarto, observará el Alcalde Ordinario, no firmar cosa Juridica, á menos que firmando antes su Asesor: pues de esta forma, si se obra mal, pagará la pena el Asesor. No consienta aquella Clausula que los Escrivanos ponen en los proveidos. *Y no firmó su merced, de que doy fe*. Si en la forma siguiente, *Y no firmó su merced, si su Asesor, de que doy fe*. Pues no ve, que si el auto va en la norma primera, el Escrivano hace de Juez

5 En lo que mira á el quinto, ha de observar que a nadie puede tratar mal, deve ser cortés, caritativo, y recto: y no por razón del empleo quiera tener a los proximos en servidumbre. Considere, que del proximo al Alcalde, solo media una gracia del Señor del Lugar

7

6 Ha tambien de tener presente, que tiene dos oidos uno para el actor, otro para el reo : y si de esta forma no usa de ellos, haga cuenta que es Alcalde sordo. No se apasione á primer vista á favor de un litigante, con los supuestos de aflicciones, llantos, &c. Porque falta a la *Ley 13, tit. 4, p.3*.

7 Mientras oye en justicia, no consienta que el Escrivano meta su cucharada; cada uno a lo que le importe. Ni permita que le hablen al oido. *Ley 8, tit.4, p.3*. pues si esto no se observa, da mucho que sospechar

APÉNDICE DOCUMENTAL 4.

“Nombramiento de los Jueces Ordinarios “.

LIBRO UNDECIMO. DE LOS JUICIOS CIVILES, ORDINARIOS Y EXECUTIVOS.

TITULO PRIMERO. De los Jueces ordinarios.

LEY I, LEY 41- tit- 32- del Ordenamiento de Alcalá.

Nombramiento de los jueces ordinarios ; y sus calidades.

Tenemos por bien, que, todos los juzgadores, para librar los pleytos, sean puestos por nuestra mano, ó por los Reyes que despues de Nos vinieren; porque aquellos que son llamados Jueces, o Alcaldes ordinarios para librar los pleytos, no los puede poner otro, salvo los

Emperadores ó los Reyes, o a quien ellos lo otorgasen, o diesen poder señaladamente; ó si algunos Señores, o ciudades ó villas lo ganasen por tiempo segun lo dispone la ley que .hizo el Rey Don Alonso nuestro progenitor en las Cortes de Alcald, que es la 4. tit. 8. de este libro : y los tales jueces deben de ser puestos personas leales y de buena fama, y sin codicia; y que hayan sabiduría para juzgar los pleytos derechamente por su saber y por su seso; y que sean mansos, y de, buena palabra á los que vinieren ante ellos á juicio; y sobre todo, que teman á Dios, y á los Señores que los ponen y les dan el oficio; porque si á Dios temieren, guardarse han de pecar, y harán. justicia con piedad; y si temieren á Nos, y á los Señores que los pusieren, habrán miedo y vergüenza de errar , pues que tienen sus lugares para juzgar derecho. (ley I. tit.9. lib.3. R)

APÉNDICE DOCUMENTAL 5.

“ Los Jueces Sustitutos “

LEY II. Ley -2- tit, 7- lib.I del Fuero Real; y D. Juan II. en Madrid año 1433 pet- 39-

Los Jueces no pongan substitutos;.y juzguen por sí en el lugar , dias y horas que se asignan.

Ningun hombre sea osado de juzgar pleyto, sino fuere Alcalde puesto por Nos , ó á placer de las partes que lo tomen por avenencia para juzgar algun pleyto; o si Nos mandaremos por nuestra carta á alguno que juzgue aquel pleyto: y los Alcaldes que fueren puestos por Nos, y por los pueblos habiendo privilegio ó fuero para ello, no pongan otros substitutos en su lugar que juzguen sino fueren dolientes o flacos , de guisa que no puedan juzgar ; o si fueren por

nuestro mandado, ó del Concejo do son Alcaldes, o á sus bodas, o de algun su pariente do deba ir, ó por otra excusa derecha , y los Alcaldes juzguen en lugar señalado; y dende el primero dia de Abril hasta el primero dia de Octubre juzguen cada dia de la mañana hasta que la misa de la tercia sea dicha, guardando los dias de las fiestas y de la ferias, así como lo manda la ley ¹; y en todo el otro, tiempo juzguen de la mañana hasta el medio dia: y quando alguno de los Alcaldes dexare otro en su lugar , como dicho es, dexé hombre bueno que sea para ello , y que hará derecho. (ley 4.tit 9. lib.3. R.)

APÉNDICE DOCUMENTAL 6.

Los jueces legos

L E Y 9, TÍTULO 16. LIBRO 11. NOVÍSIMA RECOPIACIÓN

D. Carlos IV. Por Real decreto de 22 de Agosto , y céd. del Consejo de 22 de Sept. de 1793.

Los jueces legos no sean responsables á las resultas de las providencias que dieran con Asesor nombrado por S. M.

Habiéndose suscitado en mis Secretarías de Estado y del Despacho varios expedientes, relativos á la responsabilidad de los jueces no Letrados á las resultas de las providencias y sentencias que dan con dictamen de Asesor, y queriendo establecer una regla general y fixa para todos mis dominios, que corte toda duda y arbitrariedad en dicho punto; declaro, que los Gobernadores, Intendentes, Corregidores y demas Jueces legos a quienes nombro Asesor, no sean responsables á las resultas de las providencias y sentencias que dieran con acuerdo y parecer del mismo Asesor, el qual únicamente lo deberá ser y que á aquellos no les sea permitido nombrar ni valerse de Asesor distinto del que yo les haya señalado ; pero si en algun caso creyeren tener razones para no conformarse con su dictámen puedan suspender el acuerdo ó sentencia y consultar á la Superioridad, con expresion de los fundamentos y remision del expediente: y finalmente , que los Alcaldes y Jueces ordinarios, que determinan asuntos con acuerdo de Asesor

¹Véase la ley 4. tit.2. lib.4 y sus notas sobre la reducción de dias feriados

que ellos mismos nombren, tampoco sean responsa bles, y sí solo el Asesor, no probándose, que en el nombramiento o acuerdo haya habido colusion o fraude.

APÉNDICE DOCUMENTAL 7.

Los juicios plenarios rápidos.

Doc. 2. Libro tercero. Título IX. De los Alcaldes ordinarios y delegados.

Ley xix. Para que las justicias en los pleitos de quatrocientos maravedis, y de ahi abaxo, no fagan procesos de escritos y alegaciones, salvo condenacion, o absolucion: y que de la sentencia que se diere no aya apelacion, salvo si la condenacion fuere de pena de ordenanza y el escrivano no lleve por todo el proceso, salvo medioreal

Mandamos, que en los pleitos civiles y sobre deudas que fueren de cantidad de quatrocientos maravedis, y de ahi abaxo, porque en los tales aya toda brevedad, no aya orden, ni forma de proceso, ni tela de juicio, ni solemnidad alguna: salvo, que sabida la verdad sumariamente, la justicia proceda en pagar lo que se deviere: y que no se asiente por escrito sino la condenacion, o absolucion y que no se admitan escritos y alegaciones de Abogados, y que en las tales causas no aya apelacion, restitution, ni otro remedio alguno: y que el escrivano ante quien pasare no pueda llevar derechos por todo el tal proceso mas de medio real: y encargamos a los juezes, que con toda brevedad lo despachen: lo qual todo no se entienda en los casos y penas de ordenanzas.

APÉNDICE DOCUMENTAL 8.

Las preguntas previas a la demanda. Ley 1. Título 10. Partida 3.

De las preguntas que pueden fazer al demandador, e al demandado antes que se comience el pleyto por demanda, e por respuesta.

Ciertas preguntas, son las que puede fazer el demandador sobre la cosa que quiere fazer su demanda ante que el pleyto se comience. E son de tal natura, que si el demandador non las fiziese en aquel tiempo. E otrosi el demandado non respódiase a ellas: que nó podrian

despues ir adelante, por el pleyto ciertamente. E esto seria, quando, alguno moviese pleyto contra otro, asi como contra heredero de algun finado queriéndole demandar alguna cosa que el finado le devia. Ca primeramente le deven preguntar al demandado, si es heredero de los bienes de aquel

finado, en cuyo nome le fazen la demáda. E si respondiere que lo es, deve fazer otra pregunta, si es heredero en todos aquellos bienes, o en alguna partida de ellos. E sobre todo le deven preguntar, porque razon hereda aquellos bienes. E el otro es tenuto de responder que los hereda, porque el finado se los dexo en su testamento, a el, o a su siervo, o sin testamento, por razon de parentesco.

Ca de otra manera non podría fazer el demádador en salvo su demanda, asi como a heredero. E eso mismo dezimos, que deve ciertamente responder el demandador al demandado, quando el quisiere fazer su demanda, razonando se por heredero de otriquier la faga en demandar la heredad toda, o alguna partida della, o deuda q deviesen al finado. Otrosi dezimos, que quando algun siervo, o beftia de otro fiziese daño en los bienes de alguno, que ante que demánden emienda de aquel daño, deven preguntar a aquel que quiere defender el siervo, o la bestia, si son suyos, o si está en su poder. Ca si en su poder non fuesen, non seria tenuto de fazer emienda por

ellos. Fucas ende fi engañosamente los oviese traspuesto. Eso mismo dezimos quando alguno se teme de daño que le podria venir, de las casas de su vezino, que se quiere caer, si le aduzere ant el juzgador, pidiendo le que le faga derribar a aquella casa, o que le de recabdo, de le emendar todo el daño que le podria venir, por razon dellas, si cayesen. E ante que esta demanda fagan, deven preguntar al demandado, si es tenedor dellas, o nó: o si son suyas en todo o si ha de parte en ellas. Otro si dezimos, que si el hijo, o el siervo de alguno fiziere alguna deuda, en razon de mercaduria, o de alguna tienda que ellos toviesen para ganar, vendiendo, o comprando en ella:que si sobre esto le quisieren fazer demanda al padre, o al señor, por razon del hijo, o del siervo, que le deven ante preguntar al señor, si es tenedor del pegujar, e de las cosas que el hijo, o el siervo solian aver, en razon de aquella mercadería. E si respódieren que si, pueden despues en salvo, fazer su demanda contra el. Otrosi pueden preguntar al demandado, ante que el fagan la principal demanda, si es de edad cumplida, para poder estar en juyzio. E si respódiere que si, pueden andar adelante por su pleyto: e si dixere que non es de edad, non han porque fazer la demanda a menos de estar el guardador delante. Pero tal pregunta como esta, non la deven fazer si non quando duda acaeciera en la edad del demandado. Otrosi dezimos que

quando alguno quisiere demandar a otro alguna cosa, razonando que es suya, que ante que faga esta demanda en juyzio, deve preguntar al demandado, si es tenedor de aquella cosa, o non. E si dixere que es tenedor della, en todo, o en parte.abonda esta respuesta. E non ha porque dezir, la razón porque la tiene:asi como de suso mostramos en el titulo delos demandados. E sobre todo esto dezimos, que el juzgador puede fazer otras preguntas en el pleyto al demandador, e al demandado, en qualquier tiempo, hasta que el de el juyzio acabado entre ellos, veyendo e entendiendo alguna razon derecha, porque la deuda fazen E mayormente quando entendiera que por aquella pregunta, puede saber mas ayna la verdad del pleyto.

APÉNDICE DOCUMENTAL 9.

Forma de poner la demanda

NUEVA RECOPIACIÓN TITULO III. De las demandas. LEY I.

D. Fernando y D.' Isabel en las ordenanzas de Madrid de 4 de Dic de 1502 cap.I

Modo y forma en que se ha de poner la demanda por caso de Corte, para que se dé al actor que viniere en persona la carta de emplazamiento.

Ordenamos y mandamos, que antes que al actor , que viene al nuestro Consejo , ó á qualquier de nuestras Audiencias á mover pleyto , se le dé carta de emplazamiento, si viniere en persona, haya de presentar su demanda, y poner su caso de Corte²; y si entiende que de probar su demanda por escrituras las presente luego con la informacion de caso de Corte; y si no tuviere escrituras, haga juramento, que cree y entiende que tiene testigos con que puede robar su demanda: y esto así hecho , los del nuestro Consejo, y el Presidente y Oidores den y libren carta de emplazamiento en forma , en que vaya inserta la relacion de la demanda y de las escrituras , y el nombre de los Escribanos , de quien estan signadas las escrituras que el actor hobiere presentado, sin hacer mencion del dia , mes y año en que se hicieron y fueron otorgadas : y si dixere que no tiene escrituras, se haga relacion en la carta, de como juró que lo creia y entendia probar por testigos, ó por las escrituras presentadas , y testigos que habia de presentar , o que lo

²En las leyes 9 y 10 del tit. siguiente se declaran los casos de Corte, para traer los pleytos en primera instancia á las respectivas Chancillerias y Audiencias

quiere dexas en juramento decisorio de la parte: y que si no presentare las escrituras , no goce dellas , ni le sean rescebidas después . y que asimismo jure y declare, que quiere y entiende usar dellas como de buenas y verdaderas, y que no son falsas ni fingidas ni simuladas: pero si despues en la prosecucion del pleyto dixere y jurare, que halló nuevamente, escrituras que cumple a la guarda de su derecho , y que antes no supo dellas, ó no las pudo haber, que con el juramento le sean rescebidas. Otrosí, que no se le dé carta de emplazamiento, sin que primeramente ante el Escribano de la causa dexe Procurador conocido del Consejo o del Audiencia, y le dé su poder bastante ; y si no dexare el dicho Procurador, y le diere el dicho poder, cómo dicho es, que el Escribano de la causa le cite para todos los autos, y le requiera, que señale casa donde le sean notificados hasta la sentencia difinitiva, inclusive, ". y tasacion de costas , si las hubiere ; y si no la señalare , le señale los estrados del Consejo o del Audiencia, donde le sean notificados en la forma acostumbrada en lá Audiencia; so pena que pague las costas el Escribano , y que á su costa

se haga el emplazamiento á la otra parte.(ley I. tit.2. lib.4. R.)

APÉNDICE DOCUMENTAL 10.

Forma de alegar los abogados.

NOVÍSIMA RECOPIACIÓN. TITULO XIV. LEY I

De los alegatos é informaciones en derecho.

D. Juan I, en Birbiesca año 1387 ley 26; y D. Fernando y D.a Isabel en Madrigal año 1476.

Prohibicion de disputar en el proceso los, abogados, Partes y sus Procuradores ; y modo de alegar e informar de su derecho.

Porque algunos Abogados y Procuradores por malicia, y por alongar los pleytos, y llevar mayores salarios de las partes, hacen muchos escritos luengos, en que no dicen cosa de nuevo,

salvo replicar por menudo dos o tres, y quatro y aun seis veces, lo que han dicho y está ya puesto en el proceso, y aun disputan, alegando Leyes y Decretales, y Partidas y Fueros, porque los procesos se hagan luengos, y que no se puedan tan aína librar, y ellos hayan mayores salarios, y todo lo que hacen es escribir en los procesos, do tan solamente se puede poner simplemente el hecho, de que nasce el derecho; por ende Nos, queriendo obviar á sus malicias, y desiguales codicias e injustas ganancias, ordenamos y mandamos, que qualquier Abogado o Procurador, o parte principal que replicare, y repilogare lo que está ya dado y escrito en el proceso, que peche en pena para la nuestra Cámara seiscientos maravedís, de los quales sean los ciento para el que lo acusare, y los otros ciento para el juez ante quien anduviera el pleyto pero bien puede decir por escrito, digo lo que dicho he, y demás, agora en esta segunda ó tercera instancia, digo y alego de nuevo tal y tal cosa: y aquesto mismo queremos, que se guarde, so la dicha pena, en los requerimientos, que en los juicios, y fuera de juicio, algunos hacen á los Jueces, y á los Alcaldes, Merinos ó Alguaciles que cumplan las nuestras cartas; en los quales requerimientos, así en las responsiones de las partes como de los Jueces y Alcaldes, y Merinos y Alguaciles se hacen procesos muy desordenados y luengos, replicando las cosas muchas veces: y otrosí defendemos que en el proceso. no disputen los Abogados ni los Procuradores y ni las partes principales mas cada una simplemente ponga el hecho en encerradas razones: y concluso, entonces cada una de las partes, ó Abogados ó Procuradores, por palabra ó por escrito, antes de la sentencia, informe al Juez de su derecho, alegando, Leyes Decretos, y Decretales, Partidas y Fueros, como entendieren que le mas cumple: pero tenemos por bien, que ambas las partes no puedan dar mas de sendos escritos de alegaciones de derecho; y si fuere pedido, sean puestos en fin del dicho pleyto: pero por esto no negamos á las partes, ni á sus Procuradores y Abogados, que todo tiempo que quisieran, informen al Juez por palabra, alegando todos aquellos Derechos que entendieren que les cumple: y porque esta ley es justa mandamos, que sea guardada, y de aquí adelante ninguna persona sea osada de ir ni pasar contra ella, so las penas en ella contenidas: y que los escritos, que en los pleytos se presentaren, vengan firmados de Letrado conocido: y que no sean rescebidos mas de dos escritos hasta la conclusion; Y que si mas fuesen presentados, que

no sean rescebidos; y si de hecho se rescibieren sean niguños; y si alguna probanza se hiciere sobre ello, que no haga fe ni prueba. (ley 4. tit.16. lib.2. R)³

³ Por auto acordado del Consejo de 5 de Febrero de 1504 consultado a S.M., en vista de la demasia con que los Abogados se alargaban en las informaciones en derecho, se mandó “ que en adelante las hicieran breves

APÉNDICE DOCUMENTAL 11.

Prohibición de presentar más de dos informaciones en derecho.

NOVÍSIMA RECOMPILACIÓN. LIBRO 11. TÍTULO 14. LEY 2

Don Felipe III, en el Pardo por pragm. de Febrero de 1617

No se puedan presentar en una instancia mas que dos informaciones en derecho por cada parte, con el número de hojas que se previene

Mandamos, que de aquí en adelante en una instancia no se puedan dar por los litigantes , ni los Jueces puedan recibir mas de dos informaciones en derecho; de las quales la primera no pueda tener ni tenga mas de veinte hojas, y la segunda doce, de letra y papel ordinario, impresas ó de mano, quanto quiera que se diga y alegue, que consta en pleyto de muchos capítulos, que cada uno es de diferentes inspecciones, ó independientes unos de otros. (I parte de la ley 34. tit.16. lib.2. R)

APÉNDICE DOCUMENTAL 12.

Las informaciones en derecho.

NOVÍSIMA RECOMPILACIÓN. LIBRO 11. TÍTULO14. LEY 3.

y compendiosas en latin, sin romance alguno, si no fuere algún dicho de testigo, ó Escribano, ó ponderación de ley; alegando solamente la ley ó Doctor que principalmente tocare el punto, y al que refiere a otros, sin decir los referidos por él; so pena de veinte mil maravedís para la Cámara y pobres por mitad” (aut.I. tit.16. lib.2. R)

El Consejo por auto acordado de 5 de Diciembre de 1725; y D. Carlos IV. por res. á cons.
de

18 de Diciembre de 1804

*Observancia de la ley anterior y autos acordados consiguientes á ella, sobre las
informaciones en derecho.*

Estando prevenido por la ley del rey no y, autos acordados la regla , que los Abogados
deben observar en sus. escritos y papeles en derecho ; y manifestando la experiencia, en su
inobservancia y olvido, los inconvenientes tan opuestos á, la mejor y mas fácil expedicion de los
pleytos,

embarazándolos con las difusas alegacione, y con impertinentes é insubstanciales razones
, que solo sirven de que, haciéndolo mayor el vulto de su tamaño , se ha ga mas crecido el precio
de la paga consumiendo el caudal de los litigantes así en su costo, proporcionándolo á su
arbitrio, como en el perjuicio que se les sigue en la dilacion del fenecimiento, y estorbando con
ellos el tiempo á los Ministros y con haber de leer tantos y tan repetidos papeles, perjudicando
el curso de otros en la detención que precisan ; mandamos, se guarde y cumpla lo dispuesto en
la pragmática recopilada en la ley anterior y en los autos acordados, baxo las penas en ellos
prevenidas: y para que todo tenga el mas debido obedecimiento y excusar interpretaciones y
fraudes, para escribir en derecho hayan de pedir licencia en la Sala, conforme á lo dispuesto en
la ley 22. tit. I. lib. 5., é, impreso , se ha de poner al pie de dicho papel,, como se imprimio con
dicha licencia , y pasarlo á manos del Relator del pleyto, para que cotejando el derecho con el
hecho, vea si está conforme á lo prevenido por la ley y autos; y que por medio del mismo Relator
se repartan á los jueces , que lo fueren en dichos pleytos; y que no viniendo con todas estas
circunstancias, no se admitan y, que todo lo gastado en la imprenta, y demás gastos, sea á costa
del Abogado que le firmó, y Procurador que lo, repartiere, que por el mismo hecho se, declara
haber incurrido en las penas establecidas: y que de este auto se fixe un traslado en cada Sala, para
que no se pueda alegar ignorancia, y se pase otro al Decano del Colegio de los Abogados, para
que lo haga saber á todos, que lo guarden, cumplan y executen, con, apercibimiento de que,
ademas de las penas , se procederá con todo rigor, para su mayor firmeza y observancia.

(aut II tit. 16. lib 2, R. j

APÉNDICE DOCUMENTAL 13.

Forma de la publicación de las pruebas.

NOVÍSIMA RECOPIACIÓN. LIBRO 11. TÍTULO 15. LEY 3.

D: Carlos y D.a Juana en Monzon por céd. de 1542 en la visita cap.2 , 3 , 4 , 5 y 7-

Modo de proceder a la publicacion de probanzas y conclusion de los pleytos para sentencia difinitiva.

-Porque los pleytos se abrevien, y cesen las dilaciones en ellos, mandarnos, que pasado el término probatorio, quando el Procurador diere peticionl, que si hay probanza, se haga publicacion, y si no, se haya el pleyto por concluso , que dándose traslado de esta peticion , y acusándole otra audiencia la rebeldía, no diciendo nada la otra parte, se declare , que el pleyto quede concluso: y quando se rescibe a prueba con cierto término, si la otra parte pidiere, que saque la receptoria dentro de un breve término, y si no , que pasado aquel , quede el pleyto por concluso , y el término por denegado, mandándose así, y no sacando la carta en el dicho término , quede el pleyto por concluso, sin esperar que el término dado acabe de correr: y quando se rescibiere a prueba con pena y por peticion se apartare de la probanza por temor de la pena, con esta peticion no quede el pleyto por concluso, sino que se dé traslado á la otra parte ; y quando la una parte presentará su probanza, y la otra concluyera sin embargo de ella por peticion, en este caso queda el pleyto por concluso , y así se provea y mande: y quando se pidiere publicacion , y la otra parte respondiere,-que dura el término , no se haga, hasta que el término sea pasado. (ley 10 tit 6 lib 4. R)

APÉNDICE DOCUMENTAL 14.

La conclusión sólo con dos escritos.

NOVÍSIMA RECOPIACIÓN. LIBRO 11. TÍTULO 15. LEY 1.

De la conclusión de los pleytos para sentencia.

D. Fernando Y Da Isabel en las ordenanzas y pragmática de Alcalá de 1503 cap.5.

Conclusion de los pieytos para sentencia interlocutoria o difinitilva con solos dos escritos de cada parte.

Mandamos, que por evitar dilacion en los pleytos , que con cada dos escritos que las partes presentaran , sea habido el pleyto por concluso, aunque las partes no concluyan , asi para sentencia interlocutoria, ó rescebir á prueba ó para difinitiva.

(Ley 9. tit. 6. lib. 4 R)⁴

APÉNDICE DOCUMENTAL 15.

Cómo han de ver los jueces los pleitos para dictar sentencia.

NOVÍSIMA RECOPIACIÓN. LIBRO 11. TÍTULO 16. LEY 3.

11. Cúrlos 1. en T(>iedo año 1539 pet. 6; y D. Felipe ii. en las Cártes de Madrid
d, SS6 pet. 68.

Modo de ver ¡os Tueces ¡Os PleYt0s para
dar sentencia.

Por qualito 11(<)s fué pedido ue de
relatar los Escribanos los procesos á los
Jueces, para los sentenciar, hay muy grandes inconvenientes; mandamos, que los di-

⁴Véase la ley Iª tit.14 en que se previene no se presenten ni reciban mas de dos escritos hasta la conclusión; y sean nulos los que de hecho se recibieren

chos Jueces no tengan Relatores , sino que
vean por sí los procesos. * 1 que quando
ellos lo hubieren de hacer, sea en presen-
cia de las Dartes. ley iZ. tit. -17- lib..2. y

íe,v s. t ;t

APÉNDICE DOCUMENTAL 16.

Prohibición de motivar las sentencias.

NOVÍSIMA RECOPIACIÓN. LIBRO 11. TÍTULO 16. LEY 8.

D. Carlos III. por Real céd. de 23 de Junio de 1778 cap. 5 y 6. Cese la práctica de motivar las sentencias, y extenderlas en latin.

5. Para evitar los perjuicios que resultan con la práctica, que observa la Audiencia de Mallorca, de motivar sus sentencias, dando lugar á cabilaciones de los litigantes, consumiendo mucho tiempo en la extensión de las sentencias, que viene á ser un resumen del proceso, y las costas que á las partes se siguen; mando, cese en dicha práctica de motivar sus sentencias, ateniéndose á las

palabras decisorias, como se observa en el mi Consejo, y en la mayor parte de los Tribunales del reyno; y que á exemplo de lo que va prevenido á la Audiencia de Mallorca, los Tribunales ordi-

narios, incluso los privilegiados, excusen motivar las sentencias, como hasta aquí, con los vistos y atentos, en que se referia el hecho de los autos, y los fundamentos alegados por las partes;

derogando, como en esta parte derogo, el auto acordado 22. tit. 2. lib. 3. duda Iª R., ú otra

cualquiera resolucion ó estilo que haya en contrario.⁵

6. En la Audiencia de Cataluña quiero, cese el estilo de poner en latin las sentencias las sentencias, y lo mismo en qualesquiera Tribunales seculares, donde se observe tal práctica, por la mayor dilacion y confusion que esto trae, y los mayores daños que se causan; siendo impropio, que las sentencias se escriban en lengua extraña, y que no es perceptible á las partes, en lugar que, escribiéndose en romance, con mas facilidad se explica el concepto, y se hace familiar á los interesados; por cuya razon desde el Santo Rey D. FernandoIII. cesó en Castilla la práctica de actuar en latin, y en Aragon se fué desterrando el Lemosino desde Fernando el primero; contribuyendo esta uniformidad de lenguas, a que los procesos guarden mas uniformidad en todo el reyno, y á este efecto derogo y anulo todas qualesquier resoluciones, ó estilos que haya en contrario: y esto mismo recomendará el mi Consejo á los Ordinarios diocesanos, para que en sus Curias se actue en lengua castellana.

APÉNDICE DOCUMENTAL 17.

Demanda por Caso de Corte. Chancillería de Valladolid. Pérez Alonso, 2987-2.

Alonso de Cea Gil, en nombre de Doña Josefa Asensio Coronel, Viuda de Don José Antonio Zuazo, vecino que fue, y la suso dicha lo es, de la ciudad de Zamora: aquí, ante V.A. en la mejor via y forma que más aia lugar y previas las solemnidades en derecho necesarias, pongo acción y demanda a Don Alonso Zuazo, Caballero del Abito de Santiago, su hijo y del dicho su marido, vecino a si mismo de ella y su Regidor, y contando el caso con verdadera relación = digo, que por el fallecimiento del citado Don José Antonio legitimamente ha recaído en el expresado su hijo la sucesión de diferentes mayorazgos, cuyas rentas importan más de ocho mil ducados cada un año , que quieta y pacíficamente percibe y disfruta con entera y absoluta separación y desvio de mí parte, a quien conforme a derecho debia acudir con los alimentos correspondientes a su calidad y circunstancias, para lo cual, y evitar pleitos mal sonantes entre personas de su condición, le tiene reconvenido amigable y extrajudicialmente, hallanandose a que la de solo doce reales diarios, y no obstante contemplarse corta esta cantidad, y nada

⁵En el citado auto acordado, y duda I^a de las que contiene, resolvió S.M., que en la Audiencia de Mallorca las sentencias definitivas e interlocutorias se escribiesen en lengua castellana

proporcioanda a dichos mayorazgos y cualidades refereridas, sin atender a que como madre se la debe alimentar no habiendole dado el más leve ni remoto motivo para excusarse, fuera de que no le puede aver para dejar perecer a los padres; se ha negado y niega a ello con [...] pretestos intentando con este medio que pare ellos, y socorrer sus necesidades venda y malvarate las cortas alajas y ropas que para su preciso decente aseo la han quedado, haciendo por este extraño medio indispensable este juicio, a lo que mediante es no se debe dar lugar en tan grave perjuicio de dicha mi parte. Por tanto a V.A. pido que havida por verdadera la relación de esta demanda en cuanto vaste por su juicio o sentencia que más en derecho lugar aia, se sirva condenar y condene a dicho Don Alonso que dé y pague a dicha mi parte su madre, la referida cantidad, con tercio adelantado para sus alimentos, haciendo a su favor los pronunciamientos y declaraciones que más convengan, que si por todo lo referido otro pedimento más util o cumplido se requiere o es necesario le doi aquí por espreso y repetido, así es de justicia que pido. Costas.

Otrosí digo el conocimiento de esta causa toca y pertenece a V.A. así por ser esta mi parte viuda y ser suia esta elección, como por ser la demanda de alimentos y ser el referido D.Alonso tal caballero del Abito de Santiago y ser regidor= por lo que el caso de Corte es notorio, a V.A. pido y suplico que declarandole por tal admita esta demanda y mande librar a mi parte Real Provisión de emplazamiento con su intención para hacerla ver a dicho Don Alonso Zuazo y le pare el perjuicio que aia lugar pido justicia ut supra.

Licenciado Don Basilio Lorenzo de la Mata.

Otrosi, por la imposibilidad de mantenerse mi parte y familia que necesita notorias calidades y prendas, hallandose desasistida de todos medios para ello y los crecidos con que dicho su hijo se halla, a V.A. pido y suplico se sirva mandar que este por ahora continúe contribuyendola con los cuatrocientos ducados, interim que V.A. otra cosa se determine y mande, y que pare ello se la despache así mismo vuestra Real Provisión en que se servirá mandar .

Licenciado Lorenzo. De Cea Gill.

APÉNDICE DOCUMENTAL 18.

Contestación a la demanda. Chancillería de Valladolid. Pérez Alonso, 2987-2.

Manuel Joseph C antero en nombre de Don Alonso Joseph Zuazo Caballero del Habito de Santiago, vecino y Regidor perpetuo de la ciudad de Zamora= Digo que a mí parte se la ha hecho saber vuestra Real Provisión de emplazamiento con inserción de una demanda, puesta por Doña Josepha Assensio Coronel, su madre, viuda de Don Joseph Antonio Zuazo su padre, y vecina de la referida Ciudad, en la que protestando que mi parte goza de diferentes mayorazgos cuyas rentas importan más de ocho mil ducados, y no tener la contraria benes ni efectos para sus alimentos, pretende se condene mi parte a que para ello la contribuya con cuatrocientos ducados en cada un año, como más largamente en dicha demanda se contiene, y a ella me refrendo, su tenor presupuesto, y sin animo de contestarla más en lo que de contestación sea digna, V.A. se ha de sevir absolver y dar por libre a mi parte de la referida demanda, con imposición a la contraria de perpetuo silencio y condenación en todas las costas; que así procede pido y se debe hacer, y en lo demás según como en esta petición se dirá y concluirá por lo general favolrable y siguiente, lo uno: lo otro porque dicha demanda no se halla puesta por parte ni contra parte legítima [...] de relación verdadera, y como tal la niego: lo otro porque mi parte por ningún titulo debe contribuir a la contraria con dichos alimentos, por no verificarse en el caso presente circunstancia alguna de las que a ello pudieran influir: lo otro porque assi se manifiesta de que por fin y muerte de dicho Don Joseph Antonio Zuazo, marido y padre respective, que fue como de tres años a esta parte, se hicieron cuentas y particiones y en ellas [...] a la contraria por sus derechos, y ha de haber, y se la adjudicaron y pagaron más de doscientos mil reales: lo otro porque en tan corto discurso de tiempo no se puede ni debe aver consumido, y cuando lo hubiese ejecutado que niego, no constituiria a mi parte en la obligación de suplir dichos alimentos: lo otro porque para la prestación de estos en los cassos rigurosos de derecho, que no comprenden el presente, se deben verificar las dos precisas circunstancias, de indigencia en el Alimentario y la opulencia en el alimentante, y ni aquella se verifica en la contraria ni esta en mi parte, y antes bien tan lejos de lo referido, que todas las rentas de sus mayorazgos, no llegan a quinientos ducados, procediendose con tan grave equivocación, que se supone ascender a ocho mil ducados; lo otro porque con la renta que real y efectivamente percibe mi parte, no se puede mantener y su familia con la decencia correspondiente, a su estado y calidad, siendo a lo primero que se debe atender; aver en otra clase de alimentos distintos de los que se piden en contrario; lo otro porque en estos términos se hace por todos medios patente deverse no solo absolver y dar por libre a mi

parte, de la dicha expresada demanda, con imposición a la contraia de perpetuo silencio, sino es tambien condenarla en toda las costas; y niego lo demás que deduce y alega por ser incierto= Por tanto a V.A. pido y suplico se sirva hacer y haga en todo según y como llevo pedido, y en esta petición, su cabeza y capitulos, se contiene con los pronunciamientos, que convengan, pues assi de jsuticia, que pido y costas, y ofrezcome a probar lo necesario.

APÉNDICE DOCUMENTAL 19.

Peticiones de rebeldía. Chancillería de Valladolid. Pérez Alonso, 3782-4.

laurencio de Zarza en nombre de Don pedro Sobrino vecino de la villa de nava del rey en el peltio con maneul redondo, vecino de Aguasal, el Marqués de Ordoño y Pedro sanz, vecinos d esta Villa, sobre que dejen libres y desembarzadas las tierras pertenecientes a mi parte contenidas en la escritura de venta presentada , y las de lso numeros expresados en el pedimento que oresenté en so dos de diciembre de año pasado de setecientos veinte, digo que s les ha notificado auto de V.M. para que dentro de tercero dia, dejen desambarazads las dicha tierras, el ual es pasado y dias más, y no han dicho cosa alguna, porque le acuso la rebeldia= Suplico a V.M. la aya por acusada y mande hacer según y como tengo pedido en dicho mi pedimento que reproduzco, y es de jsuticia que oido, costas.

Zarza.

Auto, Por acusad la rebeldia, y buelbase a notificar la marqués de ordoño y manuel redondo que dentro del segundo dia cumplan con lo que les está mandado por el auto de dos de diciembre, con apercibimeitno que de no lo hacer, pasado dicho termino se parará a loq eu aya lugar en derecho, lo amdo el señor Licenciado Don Joseph Fernandez de Cordova Corregidor por su magestad de esta villa de olmedo en ella y hen veintey dos demill stezientos y veinte y un años.

Licenciado Cordova Ante mí, Blas de Belandia

En Olmedo en el dia mes y año contenido en este auto antecedente, yo el escribano se le lei y notifiqué a Antonio Garcia Vizcaino, Procurador en nombre de suis partes. Doy fee,

Velandia.

En la Villa de Olmedo en treinta dia del mes de henero demill setezientos y veinte y una, yo el Escribano, habiendo procedido recado, lei y notifique el pedimento y auto antecedente al señor Marques de ordoño vecino de esta villa de que doy fe. Velandia.

Laurencio de Zarza, en nombre de Don Pedro Sobrino Gonzalez y Monrroy, vecino de la villa de Nava del rey, en el peltio con el Marques de ordoño y Pedro sanz vecinos de esta villa, y Manuel redonso vecino del lugar de Aguasal sobre que dejen libres y desembarazadas, y paguen sus frutos y rentas pertenecientes ami parte, y expresadas en la escritura de ventapresentada, y las de lso números contenidos en mi pedimento de dos de diciembre del año paasadao de stecientos y veinte; digo qu s les ha notificado dos autos de V.M. paar que dejen libres las referidas tierras o den razón , y aunque el término es pasado y dias más no han dicho ni alegado cosa alcuna, por lo que les acuso otra rebeldia= a V.M. suplico la aya por acusada y se sirav demandar hacer según y como hantes de aora tengo perdido en mi primero pedimento que así es de jsuticia que pido costas. Zarza..

Auto, por acusada la segunda rbeldia y notifiquese a los contenidos en el pedimento que cumplan con lo qu les está mandadao dentro del dia ssiguiente alde la notificación, con apercibimeitno que de no hacer le parara a lo que hubiese lugar el derecho. Lo mandó el Señor Lizenciado Don Joseph Fernaandez de Cordiva Corregidor por su magestad en esta villa de Olmedo y su tierra en ella y febreo quatro demill setezientso y veinte y una= Ante mí Blas de Velandia

En Olmedo dicho dia mes y año del auto antecedente yo el exribano se le lei y notifiqué y el pedimento a que se proveyó a pedro Sanz vecino de dicha Villa en su persona Doy fee= Velandia.

En Olmedo dicho dia yo el escribano, habiendo percediddo recado de coretsia lei y notifiqué el auto de arriba al señor Marqués de ordoño, de que doy fe. Verlandia

APÉNDICE DOCUMENTAL 20.

Alegación de bien probado integrada en el pleito. Chancillería de Valladolid. Pérez Alonso, 2792-3.

Como mejor haya lugar, DIGO: que hecha la publicación de probanzas mandose por V.M. Señor Corregidor por su orden dichos autos para que alegase de bien probado, les devolvió sin despachar para que la contraria, como actor demandante, lo efectuase, y continuando esta con doloso fin de dilatar la determinación definitiva de esta causa, se ha excusado de ello, y por VM. se mandó devolverlos [... 1 para el expresado fin, y por obrar mayores dilaciones e ecutandolo en toda foram V.M., en méritos de justicia y esta mediante, se ha de servir determinar esta causa definitivamente a mi favor, condenando a la contraria a que se haga la partición del expresado Molino y demás bienes que resultasen haber quedado por el fallecimiento de Pedro Blanco con respecto a los tres herederos [... 1 Juan Prieto, Pedro Pietro, Matea Prieto mi madre que quedaron al tiempo de la fin y muerte de dicho padre común, pues aunque quedó otra hermana a mi madre y tios, llamada Ana, esta murio de estado soltera y sin hacer disposición testamentaria, porque constante que su parte acreció al cuerpo de la herencia o masa común, mandando se haga tasación formal de las rentas que ha podido producir el expresado molino, y otros cualesquiera bienes raices que hubieran sido propios de dicho padre común desde el año de 1708 que murió, y se asegura por los testigos de la contraria estarse disfrutando por dicho mi tio, y que con arreglo a ella me entregue la tercera parte de pro- piedad y rentas con más las costas que se hubiesen causado en este litigio; así mismo, a que prenda cualesquiera reparos que hubiese hecho en el mencionado molino y demás propiedades como poseedor de mala fê, haciendo sobre todo las demás declaraciones y pronunciamientos que en derecho fueron necesarios, que así como lo pido es de hacer por lo que los autos informan, general y favorable que reproduzco y siguiente: [11 y porque registrada la figurada prueba ejecutada de contrario hallará V.M. que nada dicen sus testigos que pueda hacer a su favor, y si alguna cosa dicen, es con indiferencia y al parecer que yo la he hecho en bastante manera y en la forma que me correspondía= [21 y porque reduciéndose al caso presente a que habiendo fallecido Pedro Prieto, padre común de Pedro, Juan, Ana y Matea mi madre, y dejado entre otros bienes el citado Molino en el nominado año de 1708, el antedicho Pedro Prieto se entró y apropió en él con motivo de

haber quedado los prenombrados mis tios y madre menores de edad, queriendo asegurar que ha satisfecho a los causantes de Juan Prieto la parte que a este correspondió y que a mi madre no pudo percibir parte alguna en dicha herencia a causa de no haber traído a colación ni partición la dote que supone recibió de dicho padre común, que se ha pretendido probar de contrario a la septi- ma pregunta de su interrogatorio, a la que todos los testigos contestemente responden que la ignoran sobre diciendo lo mismo; a la cuarta en que quiso hacer constar que cuando dicha mi madre contrajo matrimonio le fueron entregadas diferentes alhajas, haciendosele su carta dotal, y que esta paraba en su poder, de forma que segúnio uniforme de los testigos todo queda en los tér- minos de imaginario con que se halla desvanecida la única por la que se asegura de contrario: no haber tocado ni pertenecido a Matea Prieto parte alguna en el referido molino y demás bienes.= [31 Y porque son contraproducentes, y por consiguiente a mi favor, las deposiciones de Diego Estevez y Francisco Baras a la quinta pregunta de dicho interrogatorio, pues aunque dicen haber quedado por fallecimiento del padre común cortos bienes, hacen mención de un jumento que quedó además del dicho molino, y aunque quedaron otros bienes, no es extraño no hagan memoria demás por el mucho transcurso del tiempo que hace falleció; siendo de igual naturaleza lo que deponen a la sexta en orden a haber fallecido la Ana Prieto de estado soltera despues que su padre, por no expresar el que hubiese hecho disposición testamentaria de lo que es legítima y [... 1 la parte que le pertenecía acreció al cuerpo de la herencia, mayormente no haciéndose constar haberse invertido esta en cosa alguna a ella perteneciente.= [41 Y porque aunque igualmente se ha querido justificar a la octava pregunta de dicho interrogatorio, caminando bajo de un supuesto falso de la figurada dote, el que esta excedia de la cuota parte de herencia que le pudo pertenecer a dicha mi madre, no hay testigo que diga cosa alguna, y sí solo que la ignoran, verificándose lo mismo de la décima y undécima, como supuestos y contra verdad, sin más apoyo que la simple aserción de contrario.= [5] Y porque lo que deponen dichos testigos a la doce pregunta de dicho interrogatorio, en razón de haber estado disfrutando el Pedro Prieto el mencionado molino por más de cincuenta años y cerda de sesenta,

solo aprovecha, lo uno para poder hacer con mayor claridad la liquidación de los arrendamientos que ha producido o podido producir en dicho tiempo, y lo otro para venir en conocimiento con la deposición de Pedro Hijos Merino, que asegura haber visto a la contraria disfrutándolo por suyo desde el fallecimiento del padre común, por lo que es constante que desde dicho fallecimiento,

valido de la ocasión de ser menores, se apropió y esta detentandodicho molino, sin que en

modo alguno se le pueda considerar dominio por compra ni prescripción, porque aquella, si se hubie-ra verificado, debieron para su validación haberse practiado las diligencias con autoridad y decreto judicial, para esta concurrir justo titulo y buena fé, todo lo cual falta a la contraria, además de

ser dichos bienes por su naturaleza inprescriptibles, así por razón de menor edad, como por ser los dueños coherederos a quien incluir en un todo la ley [... 1 de semejante derecho.= [61 Y porque las demás preguntas de dicho interrogatorio se han pretendido probar de contrario, como tampoco conducentes para su intencion, aunque se hallaron probadas, que no lo estan nada, hacen en orden a las voluntarias ejecuciones, que se han precitado, porque no necesitan satisfacción alguna.= [7] Y porque tengo justificado a la segunda pregunta de mi interrogatorio por deposición de Pedro García Valero, según testigo, y testimonio de la fe de bautismo que se halla al folio 29, última partida que expresa haber muerto Pedro Blanco, mi padre, en los 23 dias del mes de agosto de 1713, que cotejada con la primera de dicho testimonio folio 28, que hace mención haber yo nacido en 19 de enero de 1702, resulta haber quedado de edad de once años; y así mismo por la misma partida, dicho folio 28 vuelto, el que mi madre murió en el mismo año de 1702, seis años antes que su padre, Pedro Prieto.= [81 Y porque también he hecho constar a la tercera pregunta de dicho interrogatorio, con el suficiente número de testigos que la seguran de pública razón sobradamente, el que a mí padre, curador, ni a mí, se nos haya entregado parte alguna de dicho molino, pero que ni tampoco se hicieron particiones de los dichos bienes que quedaron del

referido padre común.= [91 Y porque aunque es cierto que laexpresión que se interroga, a la cuarta pregunta del mencionado " interrogatorio, sobre las reconvenções que le he hecho al ya citado mi tio sobre que me manifestase el justo título que tenía para obtener el molino litigioso, solo se avacua por Francisco Montero, que es quien unicamente vive de los que lo han oido en el año pasado de 62, siendo Alcalde Ordinario de esta villa, se le debe dar entera fé y crédito, así por ser sujeto condecorado por haber ejercido repetidas veces el empleo de juez, como por el estado de su avanzada edad, no es presumible falte a la verdad; y a mayor abundamiento, juro a Dios y a esta señal de la Cruz, ser cierto el contexto de dicha pregunta.= [1 01 Y porque es así mismo bien sabido en derecho, mediando las presentes circunstancias, que la contraria debió probar la negativa de que se vale para su defensa, por resultar ser una afirmativa probable por su naturaleza, y de lo contrario deberse declarar por no probada por dicho mi tío.

APÉNDICE DOCUMENTAL 21.

Alegación jurídica impresa.

Alegación jurídica por el ilustre Don Joseph Boil de Arenós, y Fenollet, Baron, Marqués de Boil Con Doña Josepha Boil de Arenos, y Fenollet, y de Julian, Viuda. Sobre el pleyto de demanda puesta en esta Real Audiencia por parte de dicha Doña Josepha por su pedimento de día 27, de Abril de año 1729, y de la de reintegracion, y restitution puesta por parte de dicho Marqués con su pedimento del día 24, de Mayo del mismo año.

1. Por causa del matrimonio, que el Ilustre Don Antonio Boil de Arenós avia de contraer, y despues con efeto contrajo con Doña Violante Fenollet, y Mercader, con escritura de capitulacion matrimonial, que pasó ante Jofeph Felix, Notario que fue de esta Ciudad, á los 27. de Enero de 1661. en los autos foj.2. Don Geronymo Fenoller, y Doña Violante de Paz confortes, en nombre, y como Tutores, y Curadores de la persona, y bienes de dicha Doña Violante Fenollet de la una; y Don Pedro Boil de Arenos, en nombre, y como padre, y legitimo Administrador de dicho Don Antonio Boil de Arenós su legitimo hijo primogénito, de la otra; y en el capitulo 1. de dicha escritura se convinieron, y ajustaron, en que los dichos: Don Geronymo, y Doña Violante en aquellos nombres hubiesen de constituir al dicho Don Antonio por dote de la dicha Doña Violante Fenollet 10000.lib.moneda de este Reyno, y con efeto se obligaron á constituir las en esta forma: 8000.lib. en cefales equivalentes á esa quantia, que devian responder esta Ilustre Ciudad, y Generalidad; y las remanentes 2000.lib. parte en bienes muebles, y parte en dinero efectivo, cuyas 8000.lib. de cefales se avian de detraer del vinculo, y mayorazgo instituido en el testamento, que entonces tenía hecho diha Doña Violante de Paz con sujecion á los paufos, vinculos, y condiciones puestas en ese testamento; y porque éste le podia variar, y se hallava en tiempo de poner los pautos, vinculos, y condiciones que le pareciesen en las dichas 8000.lib. (que tenia libres muriendo con hijos) por tanto se pactó en el capitulo 2. de la misma escritura al tenor de la clausula que contiene ese capitulo, que fielmente traducida, es á la letra como se sigue.

2. Por tanto ha sido pactado ut supra, se aya de obligar la dicha Doña Violante (de Paz se entiende) como con el prefente promete, y se obliga á constituir en, y por razon de la dicha

dote las dichas 8000.lib. juntamente con las restantes 2000.lib. con pauto, vinculo, y condicion, que aquellas ayan de servir, y sirvan para hijas del matrimonio contratador entre los dichos Don Antonio Boil, y Doña Violante Fenollet. Y no teniendo hijas, aya de servir para hijos segundos, o terceros del dicho matrimonio, y no de otro, con eleccion, y conforme le parecerá, y bien visto le fetá á la dicha Doña Violante Fenollet.

3. Pero sin econtrarse executoriada con efecto la dotal constitucion, que se capituló, y se prometió hazer en el capitulo I. de la citada efcritura, se halla, que despues de pasados siete años, y con escritura ante Juan Bautista Queyto Notario á los 28. de Abril 1668. en los autos foj.55. la dicha Doña Violante de Paz, viuda yá del dicho Don Genorymo Fenollet, en dicho nombre de Curadora de la dicha Doña Violante Fenollet su hija, y en ausencia del dicho Don Antonio Boil, por execution del citado capitulo I. y por pagarle las 8000.libras, que devian consistir en censales, hizo, y otorgó transpaso de los que en esa escritura se expresan, contra dicha lluftre Ciudad, y Generalidad; añadiendo ser ese transpaso por resta, y complemento de las 10000.lib. ofrecidas por entera compehension de dicha dote.

4. Despues la dicha Doña Violante Fenollet con su ultimo testamento, que otorgó y publicó Juan Bautifta Queyro Notario á los 6.de Abril, y 10. de Noviembre respectivé 1679. en los autos foj. 23. declarando tener en hijas legitimas, no solo á la dicha Doña Josepha Boil, sino tambien á Doña Teresa Boil, y á Doña Luisa Boil, y á otros más hijos varones, que alli nombra, a quienes, y a cada una lega, y manda un doblon de oro por toda parte, y legitima; y aviendose asignado 500.lib. por su sufragio, y funeral, en fuerga de facultad, que para ello tenia de detraerlas

de las dichas 10000.lib.dotales, pasa por via de especial legado á disponer de las remanentes 9500.lib. á favor de la dicha Doña Jofepha Boil; añadiendo hazerlos, usando de la facultad, que dize, le era concedida en la dicha capitulacion matrimonial, segun supra num. 1 y 2. y nombra por su univerfal heredero al dicho Don Antonio Boil su marido, quien acceptó la herencia con expresa protesta, asi del inventario, como de todo quanto le fuese licito, y permitido proteftar.

5. Y á ocasion de que por la pasada Guerra, y ausencia del Marqués, se le avian sequestrado sus bienes por el Juzgado de Confiscaciones, que avia en esta Ciudad, se compareció por parte de dicha Doña Jofepha, y con su pedimento del dia 12. de Junio del año 1713. en los autos foj.42. pidió fuese condenado el Real Fisco én restituirle las dichas 9500.lib. con los intereses devengados, y que se devengáren dede la muerte de Doña Violante Fenollet su madre,

entendiendo fundar su derecho activo con el dicho supuesto legado, que ésta le mandó; y el pasivo, con que el dicho Don Antonio Boil avría instituido por su heredero el actual Marqués su hijo primogénito, mediante su ultimo testamento, que otorgó ante Francisco Escamilla Escrivano á los 19. de Diciembre 1701. en los autos foj.39. que se publicó en Abril del año 1702. en que falleció, segun en los autos foj.40.B. de cuya demanda e mandó dár traslado al Físcal.

6. Por sin averse alegado, ni opuesto excepcion alguna de la mas minima relevancia por el Físcal, se pronunció sentencia en el día 11. de Diciembre del mismo año 1713. en los autos foj.80. en que se condenó al Real Fisco, á que pagase á la dicha Doña Josepha todas las dichas 9500.lib. é intereses correspondientes desde el día de aquella demanda; cuya sentencia con auto de 24. de Enero 1714. en los autos foj.85.B. la declaró por pasada en autoridad de cosa juzgada.

7. En seguida de esta Sentencia, obtuvo la parte de Doña Josepha auto, para que Don Francisco Miguel Danvila, Depositario que dixo ser de bienes confiscados, diese certificacion de no tener en su deposito bienes, ni efectos algunos del Marqués para el pago; y con efecto, en los autos foj.86. la dió, diciendo, no avia caudal en su poder del producto de los bienes del Marqués para aquel pago, por quanto la renta liquida solo importaria 696.lib.13.fueld. y las cargas 1075.lib.11.fueld.2.din. por averse consignado, y adjudicado diferentes bienes del patrimonio del Marqués, y su consorte, en pago de reales mercedes.

8. Con esta sola diligencia, pasó la parte de Doña Josepha á pedir, en los autos foj.87.se justipreciase una casa Alquería nombrada de la Pala, con diferentes tierras sitas en la huerta de esta Ciudad en la partida llamada de la Senda de las Bacas, y de una casa sita en la misma Ciudad, ditrito de la Parroquia de Santa Catalina Martir en la calle nombrada de en Bou, y que en su seguida se le transportasen esas fincas, en parte de pago de las dichas 9500.lib.é intereses; omitiendo acudir á pedir el pago con un censo, y sus corridos, que responde esta Ilustre Ciudad de capital de 1200.lib. cuyos corridos se deven desde el año 1685. en los autos foj. 153.el qual censo es propio del dicho Marqués, y de la dicha dote; y aviendose hecho el justiprecio de la casa de la calle de en Bou en quantia de 2900.lib. por nuevos estimadores que se nombraron, apartandose de los primeros, que la justipreciaron con discordia, uno en 4000.lib. y otro en 2500.lib. en los autos foj. 95. 96. y 97. y la casa Alquería de Pala, con doze cahizadas, y media de tierra, en quantia de 2190.lib. con auto de 29 de Marzo 1715. en los autos foj.103. adjudicó esas fincas por esos precios, que suman 5090.lib. á la dicha Doña Josepha, en parte de pago de su pretenso credito, y fue puesta en posesion, en los autos foj. 105.

9. Y para recobrarle 4410.lib. que pretendió se le restaban á dever á complemento de

aquel supuesto credito, echó mano la parte de Doña Josepha, con su pedimento de 24. de Mayo 1715. en los autos foj. 107. á entresacar de la preciosa heredad, que contiene dos casas, y huerto, con mas de treinta y siete cahizadas de tierra, todas juntas, y contiguas, sito todo en la huerta del Lugar de Ruzafa, que dicha Doña Violante de la Paz sujetó á vinculo, fideicomiso perpetuo á favor de Don Lorenzo Fenollet su hijo, y descendientes de éste, y entresacó quatro piezas de tierra á su arbitrio, rompiendo aquella union, y coherencia, que haze aumentar la preciosidad, y estimacion de aquella heredad; y confesando en aquel su pedimento, que de aquellas piezas se pagavan entonces 302 lib. 10. sueld. por razon de arriendo, pidió se justipreciasen, y se le adjudicasen; y aviendo seguido esta su pretension con sola citacion del entonces poseedor por real merced de dichas tierras, repelidas las contradicciones del mercenario, se llegó á hazer el justiprecio, que pidió la parte de Doña Josepha, en las mismas 44 10. lib. en los autos foj. 166. y con auto de 13. de Abril 1717. en los autos foj. 172. B. se la adjudicaron dichas quatro piezas de tierra por aquel mismo precio, y fue puesta en posesion de todo, en los autos foj. 173. hasta 177. De tal forma, que siendo asi, que la ultima pieza de tierra era de once hanegadas, y los Alarifes justipreciaron las seis en solas 500. lib. con las cuales entendieron completar la suma que se pretendia; esto no obstante, la dicha Doña Josepha tomó posesion de todas las once hanegadas, en los autos foj. 176. B. y las ha usufructuado por entero hasta el presente; de suerte, que con el pretexto de aquellas 44 10. lib. de capital, ha desfrutado, y desfruta 302. lib. 10. suel, por annuo rento; y esto en bienes sujetos á mayorazgo perpetuo.

10. Aora, reconociendose poco segura en su posesion, por aquellos titulos de tan injustas a adjudicaciones, y reconociendo ser de mayorazgo perpetuo todas las dichas fincas de la primera, y segunda adjudicacion, señaladamente la de la dicha casa de la calle de en Bou, y de las dichas tierras de Ruzafa por de mayorazgo, que jamás proseyó dicho Don Antonio, y por esto no obligado á dicha dote, presentó su demanda ante esta Real Audiencia en el día 27. de Abril 1729. en los autos foj. 194. en que reteniendose la dicha Alqueria, y tierras de Pala, y ofreciendose á restituir las dichas tierras de Ruzafa, y casa de la calle de en Bou, pide, que por execucion de dicha sentencia de confiscados, se mande al dicho Marqués, le pague 772. lib. 13. sueld. 4. din. allanandose á hazer la restitucion, cumplido que le sea ese pago, que pretende; de cuya demanda se mandó dár traslado á la parte del dicho Marqués, y por éste al Dotor, y Canonigo Don Francisco Boil su hermano, como Procurador general, que es lo suyo.

11. A esta demanda se opuso la parte del dicho Marqués, y con la suya, que instituyó con su pedimento de 24. de Mayo del mismo año 1729. en los autos foj. 276. implorando para en todo

caso necesario el beneficio de la in integrum restitucion por la clausula general, o en la mejor forma, que por derecho le sufrague, y valiendose del remedio, o remedios, que por derecho á su favor se hallen introducidos contra la dicha sentencia, adjudicaciones, y demás autos, y diligencias en su seguida hechas por aquel Juzado de Confiscados, pide, se declare todo por nulo, y de ningun efeto, y valor, y que el Marqués sea reintegrado en la posesion de todas las dichas fincas adjudicadas; y que se mande á la dicha Doña Josepha, que en continente dexé desembarazada la posesion de todas ellas, condenándola en la restitucion de frutos, y rentas percibidos, y que se han podido percibir, declarándola por destituida de derecho, y accion, por el recobro de la dote de la dicha Doña Violante Fenollet, en mas quantia, que en la tercera parte de la que constáre aversele constituido, y pagado con efeto por aquella dote al dicho Don Antonio hechas las legitimas deducciones; y que con el exceso de frutos, y rentas, que de dichas fincas ha percibido la dicha Doña Jofepha, queda ésta pagada en el tanto de su importe de tanta parte de dicho su tercio.

12. Sobre estas demandas es este pleyto; y para demostrar la justificacion de la del Marqués, en que se convencerá lo injusto de la demanda de Doña Josepha, se dividirá esta Alegacion en tres partes.

13. En la primera se probará, que la dicha sentencia del Juez de Confiscaciones es nula, por la condenacion que haze de todas las 9500.lib. y por la aplicación, que de todas ellas haze á favor de dicha Doña Jofepha Boil.

14. En la segunda se probará, que aunque dicha sentencia no fuese, como es nula por dichas causas, bastarian las nulidades, que padecen dichas adjudicaciones de bienes, hechas á favor de Doña Josepha para aquel su pretenso pago.

15. Y porque son muchas las nulidades de esas adjudicaciones por varias causas, se fundarán.

La primera, por no averse observado el orden judicial para hazer execucion en bienes rahizes.

La fegunda, por averse hecho la adjudicacion, y pago en bienes de mayorazgos, o vinculos perpetuos.

La tercera, por no averse hecho legitima discusion.

La quarta, por hallarse injusto, y colusivo el justiprecio de aquellas fincas.

La quinta, por no aver intervenido subastacion.

Y la sexta, por ser en grave dispendio del resto de la dicha heredad de Ruzafa la

dismembracion de las dichas quatro piezas de tierra.

16. Y en la tercera parte se justificará la dicha demanda del Marqués, en consecuencia de lo alegado en las dos partes antecedentes, y se excluirá al de Doña Josepha Boil.

*Parte I Que la dicha sentencias del juez de
Confiscaciones es nulla, por la condenacion que
haze de todas las 9500. lib. y por la aplicacion
que de todas ellas haze á favor de Doña Josepha
Boil.*

17. Proposicion es de regla, que toda sentencia pronunciada á favor del actor que carecia de accion, es nulla, *legfi pupilli 6. §. videamus 12. verf Certé, ffde negot.geft.* de forma, que los autos quedan nulos, *adhuc parte non oponente*, y es de la obligación de Juez repeler semejante actor; lo que no haziendo, queda su sentencia manifiestamente erronea, y nulla; Menoch. *de arbitrar.lib.1.quaft.16.á num.12.* Barbofa *axiom.9.num.5.* con muchos que refiere, y otros cita Sabel. *in fum.diverfverb. Actor, nam.19.verf.Sentencia, num.26.* Y lo mismo procede en la peticion de la mayor suma, á que la accion, y derecho del actor no llega, *leg.vinum22. ffde reb.cred.leg.2. Cod.commun.divid.Cap.licet 30.de fimon*, en terminos la Rota decif.32.ú num.I. feqq.part.15.recent.

18. Estas nullidades se hallan resultar de los autos contra la dicha sentencia de aquel Juez de Confiscaciones, porque condena al Real Fisco al pago de todas las 9500.lib.no justificandose de las escrituras que se le exhibieron, llegar á esa suma el supuesto credito dotal, que se pretendió por parte de Doña Josepha; pues vista la dicha escritura de capitulacion matrimonial, no resulta de ella efectiva constitucion dotal de aquellas 10000.lib.si solamente una promesa de constituir las en los bienes, y efectos que alli se enunciaron, y despues se avian de especificar; y es corriente, y vulgar Brocardo, que la promesa de constituir dote, no es efectiva constitucion, como ni la promesa de vender es venta, ni la de donar es donacion; y asi de otras semejantes especies, Castill.

lib.2.controv.capo.3. Salgad. de reg. protect. part.2. cap.3. num.5.

Cancer 3.varcap.7. á num.121. Fontanel.de pact.nupt.clauf.

*4.glof.9.part.4.num.24. Gutier.de gabel.qu&ft.47.per tot. Olea de
cef.jurtit.1.qu&ft.6.num.33.*

19. Y aunque sobre este Brocardo ay alguna controversia entre los Doctores, ésta doctamente la concilia Olea *dict. qu&ft.6. num.47.* donde de sentir de todos los Interpretes de mejor nota, dize ibi: *Quod quando contractus in subftancia, nihil aliud continet, quam promifsio, y nihil folemne poft promifsionem reftat faciendum.* Et infra: *Promifsiofaciendi, yfactum idem operabitur, ut mutilis vitetur encuitus.* Y siendo, como es cierto, que en nuestra capitulacion restava la parte tan substancial inclusiones, segun con muchos Olea *de ceffurtit.u. qu&ft.1.num.7.* y la entrega de dinero, y muebles, que se prometió cumplir, y amás de esto la confesion de recepto del Marqués Don Antonio, que nada de esto se halla hecho, sin duda por aquella escritura de capitulacion, no se puede confesar executada la dotal constitucion, ni darse titulo en que se pueda fundar nacida accion para su recobro.

20. Esta falta de efectiva constitucion dotal, se confirma por la citada escritura de transpaso de la foj. 55. de qua suprá num.3.donde ausente el dicho Marqués Don Antonio á su otorgamiento, y despues de pasados mas de siete años de que se estipuló aquella capitulacion, se dize, que por ejecución de lo prometido en el capitulo 1. de ella (que alli se inserta á la letra) le transspasa la dicha Doña Violante de Paz al dicho Don Antonio, en pago de dicha dote, los censales que alli refiere, hasta en suma de 8000.lib. que importavan sus capitales, expresando ser dismembrados esos cenfales del mayorazgo perpetuo de propiedad de 6000.lib. que la misma Doña Violante de Paz formó en la anterior capitulacion matrimonial, que otorgo por causa del matrimonio, que Don Lorenzo Fenollet su hijo primogénito contrajo con Doña Laura Mercader, en que se previno esa detraccion para efeto de la dote de la dicha Doña Vilante Fenollet, segun lo qual se convence, que aquella promesa de constituir 10000.lib. por dote de Doña Vilante

Fenollet, jamás se llegó a efectuar, y que el pago de aquella promesa solo se practicó en las 8000.lib. del importe de dichos censos: conque teniendo Doña Violante Fenollet facultad de disponer de la quantia de 500.lib. de aquellas 8000.lib. sin duda el dicho Don Antonio Boil solo quedó obligado á restituir las remanentes 7500.lib. de esa parte de dote con efeto recibida, y reservada para hijas de aquel matrimonio, pues las remanentes 2000.lib. prometidas, ni se le pagaron, ni se le constituyeron.

21. Ni es satisfaccion, la que pretende dár Doña Josepha Boil, motivada, de que en la dicha escritura de transpaso de la foj. 55. Se dize hazerse de los censos, por resta, y á complemento de las dichas 10000.lib. Porque aunque es verdad, que la confesion *ad complementum* perjudica al confitente en el residuo, *leg. ceterorum 160. ff. de verb. signif. leg. Boves 89. § 2. ff eod. leg. ex pluribus 89. ff de folut. leg. 2. Cod. de hered. infitit.* empero este

perjuizio en solo contra el confitente, siendo éste el que tiene el derecho á percibir, y cobrar; pero no le perjudica, quando esa expresion la haze el que es obligado al pago, como sucede en la

ocurrencia, en que la misma Doña Violante de Paz, es quien alli quiso dezir, *ser por resta, y á complemento*; en terminos Gratian. *tom. 3. difcept. forenf. cap. 570. num. 33. Natta confil. 102. num. 6.* Nicol. *Bas in Theatr Furilprud. tom. 1. cap. 8. num. 18. verf. Quod videtur intelligi*, mayormente hallandose Don Antonio Boil ausente al tiempo del otorgamiento de la escritura de aquel transpaso, como la mesma escritura la expresa, sin hallarse tampoco otorgada la constitucion dotal, ni practicado lo demás paccionado en aquella capitulación.

22. Y aunque se refugia la parte de Doña Josepha á dezir, que el dicho Don Antonio avria usado de ese transpaso, presentando esa, y otras escrituras en la pasada Real Audiencia, donde ganó real provision publicada por Gaspar Mascarós Escrivano de Mandamiento á los 23. de Agosto 1668. en los autos foj. 72. en que se declaró ser persona legitima para otorgar escritura de redempcion de qualquiera de dichos censos transsportados, nada le sufraga ese refugio para poder inferir, que Don Antonio avria aprobado aquella expresion *de residuo, ad complementum*.

23. Lo uno, porque quando Don Antonio presentó dichas escrituras, y se valió de ellas, fue con la clausula: *Si, in quantum*, la qual tiene fuerza de protestacion, en cuyo caso no se entiende de aprobar el voluntario dicho de Doña Violante de Paz, en que expreso hazer aquel transspaso por resta, y complemento; en terminos Cancer *1. variar cap. 19. nu. 5. 6. Crefpi obferv, 23. num. 58. 59.* con muchos Matheu *de regim. cap. 10. §. 4. num. 45.*

24. Lo otro, porque esa voluntaria adyeccion no era concerniente al transpaso de los censos, de que alli principalmente tratava Doña Violante de Paz; y asi, como á diction enunciativa, y no dispositiva, no pudo dañar al Marqués Don Antonio en aquella produccion, *Cancer ubi proxim num. 4. Mafcard. de probat. concluf. 915. n. 9. 10.*

25. Lo otro, porque aquella real provision la obtuvo el Marqués Don Antonio por voluntaria jurisdiccion; y aunque huviese sido por contenciosa, y se huviese reproducido por el adversario, siendo de éste aquella voluntaria adyeccion de un hecho, de que no constava, ni juftificria, nada le podria aprovechar, pues siempre deveria comprobar aquel supuesto pago, que dixo del residuo, en cuyos terminos nada se perjudicó el Marqués con aquella produccion, *Cancer ubi proxim. num. 6. Crefpi ubifup. num. 59.*

26. Lo otro, porque aquella produccion no la hizo el Marqués á otro fin, que para justificar la pertinencia de dichos censos, para poder otorgar redempciones de ellos, en cuyo caso

no se extiende á la aprobacion, ni confesion de las clausulas, o palabras enunciativas, de que principalmente no se trataba, *Mafcard. de probat. dict. concluf. 915. num. 9. 10. Cancer dict. num. 4.*

27. Y lo otro, porque el Marqués Don Antonio no instó por si solo el obtento de aquella real provision, si juntamente en nombre de Doña Violante Fenollet su consorte, en virtud del poder, que señaladamente para quel efeto ésta le otorgó ante Joseph Domingo Notario á los 18. de Mayo 1668. de que hizo real presentacion; y en estos terminos parece dudable, que si la constitucion dotal, y el pago de las 2000.lib. del residuo se huviese executado, seria de sobra, y nada del caso aquel nombre de Podatario, con especialidad para aquellos efetos de redempciones , pues por la constitucion dotal estimada, el marido queda dueño de los dotales, *leg. quoties 5. leg. in rebus 30. Cod. de jur dot. leg. plerumque 1 0. ff. eod. Anton. Gomez in leg. 53. Taur num. 44. Caftill. de usufruct. cap. 4. num. 7. de aliment. cap. 58. á num. 22. quos refert, & fequitur Olea de cef. jur tit. 5. queft. 12. num. 4. Berfano de vid. cap. 2. queft. 5. á núm. 26.*

28. Y caso negado todo esto no fuese, como es tan relevante, seria preciso confesar, que con aquella produccion quedaria obligado el Marqués, por concurso de dos presumpciones; una, que se induciir'ia por aquella enunciativa diction de residuo, que haria presumir pagada la parte, que no e mencionava; y la otra seria, de que por la produccion se prefumiria confesada, y aprobada aquella enunciativa, que induciria el mismo supuesto pago; y este concurso de presumpcion, que se quiere inducir de otra presumpcion originada de un mismo hecho, qual es aquella sola produccion, no le permite el derecho, *Menoch. confil. 561. num. 18. feqq. de presumpt. lib. 1. queft. 43 per tot. fignantér á num. 6. Ciriac. tom. 2. controuv. 278. num. 62.* Conque faltando la constitucion dotal, y la confesion de recepto del Marqués Don Antonio, y constando, que solo se entregaron las 8000.lib. de los dichos censos, de que Doña Violante Fenollet tenia drecho á disponer libremente hasta en suma de 500.lib. como en efeto dispusso; es claro, que en sola suma de 7500.lib. quedó accion de credito por la dicha supuesta dote, y consiguientemente se manifiesta injusta, y nulla aquella sentencia, que condena al pago de todas las 9500.lib.

29. Pero no solo padece dicha sentencia tan visible nullidad como dexo fundada, si que tambien contiene otra aun mas relevante, qual es la de aplicar á favor de Doña Josepha Boil todas las dichas 9500.lib. como si fuese la unica, y sola acrehedora; siendo asi, que por la resultancia de los autos se justifica, que solo podía serlo en una tercera parte de lo que devia venir en restitution, que es la segunda inspeccion de mi propuesto asumpto en esta primera parte.

30. Porque por la clausula, que dexo transcrita suprá num. 2. consta, que en aquella capitulacion se pevino, que las dichas 10000.lib. que se prometieron constituir por dicha dote, huviese de ser con pauto, vinculo, y condicion, que huviesen de servir para hijas de aquel matrimonio; y siendo todas estas igualmente contempladas, y Doña Josepha no unica, y sola hija de aquel matrimonio, pues consta por lo dicho suprá num.4. que lo fueron tambien Doña Teresa, y Doña Luisa, es consecuencia, que todas tres succedieron en porciones iguales.

31. Pruevan esta conclusion los textos *in leg. interdum 13.leg. Julianus 15. leg. Titius 24. leg. liber homo 59. §. 2. ffç de hered. inftit. leg. 15. §. 1. de legat. 1. ibi: Si quis unam summam filiabus legaverit, ut etiam de profithuina fentiret, fi ea non est nata, superftitifolidum debebitur Leg. heredes mei 57. §. ult. leg. Julius 81.ff. ad Trebell. ibi: Quia ej, vel eis verba utroquefratrescomplecterentur* Y la autorizan Anton. Gomez lib. 2. var cap. 5. num. 24. verf. *Decimofexto infero*, Molina de *Hifpan. primog. lib.1.cap. 6. num. 4. Mantic. de conject. ult. volunt. lib. 8. tit. 5. num. 18. Ciriac. tom. 3. contro. 548.num. 50. Rota decif 299.num. 6. part. 3. recent.*

32. En terminos propios de pauto nupcial reservatorio de porcion para hijos de aquel matrimonio, con entero legal fundamento exorna nuestra conclusion Fontanell. de *pact. nupt. clauf. 4. part. 1. glos. y per tot.* donde reflectando á nuni. 1. *cumfeqq.* que en semejantes hereditamentos nada de los padres perciben los hijos, por pertenecerles, en virtud de aquel estipulado pauto, que quedó ya irrevocable á su favor, y en que ninguno puede ser excluido, ni perjudicado, y que á esto asiste la regla de derecho, que igualmente les llama á la sucesion, y herencia de los padres, con mas la presumpcion de estos en el querer la igualdad entre los hijos, *leg. cum pater 79. §. evictis, de legat. 2. leg. final. Cod. commun. utriusq. judic. Mantic. de conject. ult. vol. lib. 5. tit. 11. num. 8.* defiende, que en semejante hereditamentos, y porciones reservadas, ninguno puede ser excluido; lo que comprueva con el texto *in dict. leg. heredes mei 57. §. peto, leg. fin. ff. ad Trebell.* que despues expenderé.

33. Y esto (amás de lo ponderado por Fontanella en el lugar citado) es muy conforme á lo literal de aquella clausula, y al tiempo en que se estipulo) aquel pauto; pues en lo literal se leen palabras tan perceptivas, y directas á favor de las hijas, que por aquella vocacion colectiva, las haze re conjuntas, fin dexar lugar á la exclufion de alguna, *leg. unic. §. ubi autem 11. Cod. de cad. toll. §. 8. inftit. de legat. ubi repetentes.*

34. Considerado el tiempo de aquella estipulación, se halla, que aquellas hijas no eran entonces nacidas, y por esto eran incapazes de que alguna pudiese ser motivo, y causa de

odio, que diese lugar al mas minimo concepto de exclusion de alguna en el animo, é intencion de los contrayentes, *leg. fi quis 33. §. 1. Cod. de inof testam. ibi: Satis enim crudele nobis effe videtur eum, que non sentit, ingratum existimari*; por cuyo texto Molina de *Hifpan. primog. lib. 3. cap. 5. num. 32.* figuiendo á Bart. y Socin: *dize ibi: Quod in filiis, vel descendantibus non natis, fed nascituris, non potest afsignari ratio, quare majorem affectionem habe a Testator ad unum, quam ad alium.*

35. U añadiendose, que en el citado capitulo 2. nada se trata de inducir fideicomiso perpetuo, se de tan temporal, que con la sola exigencia de aquellas hijas, avia de quedar fenecido; parece incontrovertible filacion, que reflectada esa vocacion, ninguna de las hijas se quiso excluir de la sucesion, mayormente, quando en el mismo capitulo, para el caso, que succediese la vocacion de los hijos por falta de hijas, expresamente se excluye al primogénito de aquella participacion; lo que con la misma facilidad se pudo paccionar, y explicar en la vocacion de las hijas, si alguna huviese sido intencion de las partes quedase excluida; y es cierto, que no se quiso incluir, lo que fácilmente se pudo expresar: *argum. text. in leg. uic. §. penult. Cod. de caduc. toll. Fontanell. tom. 2. decir. 528. num. 5* y jamás se cree averse querdio en los contratos, lo que

en ellos no se dixo, Fontanell. *ubi. proxim. Bald. in leg. voluntatis, adfin. Cod. defideicom. Cafanat. eonfil. 45. num. 23.*

36. Ni contra lo dicho es argumento, el que deriva la parte de Doña Josepha del citado capitulo 2. por aquellas palabras, *ibi: será á l Y no teniendo hijas, aya defervir para hijos segundos, o terceros de dicho matrimonio, y no de otro, con elección, y conforme le parecerá, y bien visto le a dicha Doña Violante Fenollet*; queriendo persuadir, que como ésta para con los hijos tenia esa facultad, la tendria tambien para con sus hijas, por la qual eligió á Doña Josepha, por ser clausula puesta al fin del capitulo, que haria relacion á todo lo en él contenido, *ex leg. 3. §. filius, ff de lib. pofth. leg. taiscriptura 30. §. fin. ff de legat. 1. leg. ult. ff de rebu. dub. Barbosa clauf. 70. á num. 1. Card. de Luca de tutor part. 7. difc. 19. num. 4. Rota apud Mantica. decir. 52. tium. 2. decir. 105. num. 9. part. 1. recent.*

37. Porque esa general regla tiene muchas limitaciones, en cuyos terminos de ellas, ciertamente nos hallamos. Y es la primera, la de hallarse aquel capitulo 2. concebido con distintas, y separadas oraciones perfectas, regidas cada una por su verbo, que la determina en tal manera, que nada tiene la una, que mendigar de la otra; y en este cafo es comun sentir de los Dotores, que lo dispuesto en la una, nada puede influir en la otra; y esto, aunque ambas oraciones

estuviesen unidas con dición copulativa, o continuativa.

38. En terminos Peregrin. *de fideicom. art. 16. num. 11. ib.: Qualitas, vel copiditio adjecta in uno capitulo, non trahitur ad aliud.* Y luego añade: *Sive orationes sint conjuncte per copulam, five per continuativam ;tenj, dum tomen fint oraciones perfecte;* lo que exorna con muchos Dotores; y lo mismo funda Fufario *de fubftit queft. 403. izum. 8.* Molin. *de Hijo. primog. lib. 3. cap. 5. num. 59. verf Sed quatzivis, ubi Addentes, Barbosa dict. clauf. 70. num. 28. Card. de Luca de tutor dict. difc. 19. niim. 5.*

39. Otra limitacion se deduce de hallarse aquella clausula consecutiva, y accesoria á la posterior oracion, que contiene la vocacion de los hijos segundos, o terceros, por cuya accesion no puede referirse á otra alguna anterior oracion perfecta, Barbosa *dict. clauf. 70. num. 19.* Menoch. *de prefumpt. lib. 4. prefumpt. 181. á num. 6.* Card. de Luca *ubi nuper num. 6.*

40. Esta accesion, y connexidad á la vocacion de los hijos, es literal en el citado capitulo 2. donde se dize, que para en el caso de faltar aquellas hijas, succediesen los hijos segundos, o terceros, con eleccion, y como le pareciera á Doña Violante; y esto expresamente denota ser este caso independiente, y separado de la anterior vocacion de las hijas, y que para aquel, y no para éste, fue adjecta aquella facultad, ad tradita fuprá num. 35.

41. Aun otra limitacion más relevante tiene la dicha regla, de que fuprá num. 36. y es, no proceder aquella repeticion, quando concurre diversidad de razon literal, ó conjeturada de verosimil voluntad del disponente, y solo en terminos de idemptidad de razon puede tener lugar la relacion, *leg. 3. §. 2. ff. de lib. pofth. Mantic. de conject. lib. 3. tit. 14. num. 8.* Gratian. *tom. 2. difcept. forenf. cap. 245. num. 28. 29.* Barbofa *dict. clauf. 70. num. 5.* Card. de Luc. *dict. difc. 19. n. 7.* Card. Paulutii *tom. 3. differt. 91. decir. 1. num. 7.*

42. En nuestro caso no solo no se halla idemptidad, si antes

diversidad de razon, resultante de la singular predileccion, que aquellos contrayentes la capitulacion tuvieron á aquellas hijas, en quanto á su favor estipularon la reservacion en primer lugar, vulnerando, y aun posponiendo la prerrogativa del sexo masculino, que siempre goza de la preferencia en concurso del femenino de igual grado; Guido Papae *decir. 506. per tot.* Fontanell. *de pact. nupt. tom. 1. clauf. 7. glof. 9. part. 3. á nuin. 13.* Cafanat. *confil. 38. num. 114.* Molin. *de Hijo. primog. lib. 3. cap. 4. num. 4.* Mayol *de jur fuprem. part. 2. inverfting. 1. illat. 2. á num. 9. feqq.*

43. Y es cierto, que esa prelacion, junta con la expresa postergacion del sexo masculino, manifiesta singular predileccion para con las hijas llamadas en primer lugar, como

es vulgar exemplar el de aquel, que en primer lugar está escrito en la disposicion, *leg. quoties 34. ff. de ufut. leg. 60. ff de haered. inflit. cum vulgatis.*

44. Y aun es mas comprobante el caso del heredero instituido, á quien se le dió substituto con legados mandados, unos ab instituto, y otros á substituto; en cuyo caso, repudiando el heredero, se entienden repetidos los legados en cargo del substituto, no por otra razon, sino por la presumpta voluntad, que se cree aver querido gravar al substituto menos predilecto, quando gravo al heredero, á quien prefirió por mas predilecto, *leg. in repetendis 63. de legat.*

3. leg. non iustam 4. Cod. ad Trebell. cum vulgatis.

45. No asi sucede, si el heredero acepta la herencia, pues en este caso no es obligado á pagar los legados dexados á substituto, - *exprefus textus in leg. quoties 13. Cod. de fideicom. Quoties, dize, principal; loco haeres institutus Testatori succedit, legata, seu fideicommissa substituto data, posci jure non possunt.* Lo que no puede ser por otra razon, sino por la mayor predileccion de que goza el heredero á quien prefirió, y por esto no se presume aver querido gravarle con aquellos legados dexados á substituto: luego si de estos no se admite repeticion, tampoco se ha de poder admitir en nuestro caso la de la dicha clausula anexa, y accesoria al

caso de los hijos varones substitutos de aquellas hijas, en caso de deficiencias de estas, por la

diversidad de razon de la mayor, y menor predileccion.

46. Lo mismo sucede en la qualidad de la masculinidad, que aunque se halle puesta en una misma oracion, regida por un mismo verbo, si aquella comprehende diferentes personas, entre las quales puede hallarse diversidad de razon, no se entiende de la una persona repetida en la otra, Molina de *Hisp. primog. lib. 3. cap. 5. num. 59. verf. Sed quainvis, ibi: Cum quamvis filii Titii, Maevii ab eodem verbo regantur, oratio tamen diversas personas comprehendat, in unaquaque earum, possit diverjū ratio verfari; ideoque potius in hac parte dicendum videtur, qualitatem masculinitatis repetendam non esse.* Luego por la diversa razon de predileccion en las hijas, mayor que con los hijos, la eleccion concedida para con estos, no se ha de poder entender repetida para con aquellas.

47. Y mas quando de hazerse lugar á la repeticion de aquella clausula, se seguiria el absurdo, no solo de quitar el concepto visible de aquella particular predileccion para con las hijas, si tambien el de averle de introducir exclusion de la primogénita, qual lo es Doña Josepha, que

son los terminos en que habla el citado Molina *ubi nuper*: porque no es dudable, que la repeticion, y el influxo de qualquiera clausula, ha, y deve ser con todas sus qualidades, *leg. Affe toto 77. ff. de haerede. infiit. donde Gotofred. in glos. lit. D. ibi: Relatio cum omnibusfuis qualitativusfit. Et lit. E In relato quid est, id in referente censetur repetitum. Leg. ait Praetor 5. § 1. ff de re jud. auth. fi quis in aliquo, Cod. de edendo, con muchos Barbofa axiom. 201. num. 1.*

48. De aqui es consecuencia, que si la facultad, que se dize atribuida en la posterior clausula para con los hijos, se ha de entender repetida, y que deve obrar en la anterior vocacion de las hijas, deverá igualmente la exclusion del hijo primogénito entenderse repetida tambien en quanto á las hijas, quedando por esto excluida Doña Josepha por primogénita. Esto no lo admitirá Doña Josepha, solo por el motivo de dezir, que seria absurdo: luego no puede tener lugar la repeticon, influxo, o relacion, por negarla ésta el drecho, quando tal efeto se sigue, *leg. Publius 36. §. 1. ff de cond. demonst. Mantic. de conject. lib. 6. tit. II. num. 13. titl. 13. num. 10. Peregrin. de fideicom. art. 16. num. 162. Simon de Praetis de interpret. ult. vol. lib. 2. interpret. 3. folut. 3. num. 179. Fufar. defubstit. quaeft. 404. num. 8.*

49. Y quando lo hasta aqui dicho no fuese, como es tan juridico fundamento exclusivo en Doña Violante Fenollet, de la facultad de excluir á alguna de aquellas hijas, la convenceria claro el citado texto in dict. leg. haeredes mei 57. §. ult. ff. ad Trebell. que por ser tan puntual con todas las circunstancias de nuestra especie, le transcribo. *Peto de te, dize Papiniano, uxor charifissima, uti cum morieris, haeredeatem meam refituas filiis meis, vel uni eorum, vel nepotibus meis, vel cui volueris, vel cognatis meis, fi cui voles ex tota cognatione mea. Interfilios respondi, substitutionem fideicommissi factam videri: circa nepotes autem, coeteros cognatos facultatem eligendi datam: ex coetaris autem cognatis, fi nepotes supereffent, non recte mulierem lecturam, propter gradus fidei- commissi praefcriptos; deficiente vero gradu nepotum, ex cognatis, quam velit perfonam eligi posse.*

50. Este texto le comenta Accursio en su Glosa, y verbo *filiis meis*, dize, *omnibus*: verbo *vel uni*, dize, *superstiti, altis premorientibus & verbo cui volueris*, dize, *hoc non fuit dictum in filiis*. Y cierto, que esta inteligencia de Aceursio, es muy conforme á lo literal del mismo texto, donde despues de aver decidido el Consulto: *Interfilios respondi substitutionem fideicommissi factam videri*, sin excluir á alguno de los hijos, pasa inmediatamente á dezir: *Circa nepotes autem, coeteros cognatos facultatem eligendi datam*; por cuya adversativa diction autem, que lo es tal, segun los textos, y Dotores que refiere, y cita Barbosa *diction. 47. a nuin. 1. 2.* donde

dize, que esa diction *autem, adversatur ad proxime precedentia*, convence con evidencia, que la facultad, que en el texto se concedió para con los nietos, y cognados, no se puede entender, ni extender a la primera, y precedente vocacion de los hijos, por cuya causa todos suceden en el fideicomiso, in exclusion, (que es el caso contrario, y adversativo de la eleccion) y esto como dize el texto: *Propter gradus fideiconzimifsi praecriptos*.

51. No parece puede aver especie mas conforme á la misma de que tratamos, pues en ese texto se hallan por un mismo verbo, ibi Restituas, regidas todas las vocaciones de los hijos, de los nietos, y de los cognados, como en nuestro caso se halla en primer grado la vocacion de las hijas, y en defecto de estas se halla en segundo grado la vocacion de los hijos segundos, y terceros, á cuya vocacion de estos se puso accesoria la dicha clausula: *Con eleccion, y conforme le parecerá, y bien visto le será*; y porque en la especie del texto se hallava en los hijos la prerrogativa del grado: *Propter gradus fideiocommisi*, y para con esos hijos no se hallan las palabras: *Cui volueris*, que se hallan en la vocacion de los nietos, y cognados, se niega la eleccion para con los hijos, y suceden todos en aquel fideicomiso, si fuesen muchos, y uno solo, si los demás fuesen premuertos, como la glosa Accursio verbo *inter filios*, ibi: *Scilicet omnes, vel etiam unum, si folus unus supereft*. Luego teniendo las hijas en nuestro caso la prerrogativa del grado en la vocacion, y para con estas no se halla clausula denotativa de arbitrio, ni facultad de elegir, no es dable poderse entender con éstas la eleccion, y facultad, que se concedio para con los hijos segundos, y terceros, pues milita la misma razon que glosa Accursio dict. verb. *Cui volueris*, ibi: *Hoc non fuit dictum in filiis*. Por lo que se concluye con evidencia, no poderse en nuestro caso introducir por medio alguno la repeticion de aquella clausula.

52. Pero dado sin concederlo, que dicha clausula influyese en aquella vocacion de las hijas, no por eso le juftificaria en Doña Josepha Boil accion al todo, que aquel Juez le quiso adjudicar por el titulo de Legataria de Doña Violante su Madre, que le mandó de aquel todo. Porque es cierto, que en aquella clausula no se le concedió arbitrio absoluto, é irrefrenado, pues tal expresion, alli no se lee, ni le inducen las palabras, como le parecerá, y bien visto le será, porque éstas solo inducen arbitrio de buen varon, por deverer reducir á éste qualquiera palabras denotativas de la mas ampla facultad.

53. Puntuales son los textos in leg. *fideicomisaria* 46. ff. *de fider com. libert* ibi: *Si tibi videbitur, petu ut manumittas, quod accipiendum est, fi tibi, quafi bono viro videbitur* Leg. *Thais* 41. §. 4. ff. *eod. leg. fieicomiffa*. 11. §. *quamquam* 7. de legat. 3, ibi: *Non enim plenuin arbitrium voluntatis haeredi dedit, fed quafi viro bono commiffum relictum*. Y Gorrofr. en fu

glossa lit. V dize: *Arbitrium plenum, viri boni differunt. Leg. Titius 54. ff ad Trebell. ibi: Divus autem Marcus, cum defideicomini faria haereditate cognosceret his verbis: Quidquid ex haereditate mea super fuerit, rogo restituas, viri boni arbitrium ineffe credidit. Auth. contra eum rogatus, Cod. eod. Barbosa voto 65. per tot. Fontanell. tom. 2. decir 392. a num. 11. Menoch. de arbitr lib. 1. quaeft. 8. per tot. Noguero. alleg. 9. num. 92. 87. Cortiad. tom. 3. decir. 129. á num. 95. feqq.*

54. Ni la adyeccion de la palabra *con eleccion*, es capaz de conceder absoluto arbitrio, asi porque no explica dever ser la eleccion en uno de muchos, ni de muchos entre muchos, como porque lo mas á que se puede extender, es á conceder eleccion en concurso de muchos hijos segundos, o de muchos terceros, por ser dable nacer muchos de un mismo parto, y confundirle la noticia de la prioridad del nacimiento, al paso que el primogénito estava excluido, *leg. 7. ff. de reb. dub. ibi: Quia trigemini quoque nascuntur Leg. si fuerit 10. ff eod. ibi: Et duo pares aetate fint. Leg. antiqui 3. ff si pars liaered. petat. leg. si pater 36. ff. de solut. Plinius hist. nat. lib. 7. cap. 11. plures casus refeit Harpprecht. In prin. instit. de nupt. á num. 26.*

55. Y aun en ese caso jamás tenia concedida Doña Violante Fenollet la elección absoluta en uno, pues segun el tenor de la clasula, avia de elegir segundos, o terceros, cuya pluralidad lo menos requiere el concurso de dos, sin poderse verificar en uno, *leg. ubi numerus 12. ff de testib. leg. ult. ff ad Trebell. cap. pluralis loquutio, de reg. jur in 6. Peregrin. de fideicommiss. art. 19. num. 33. infin. art. 22. num. 66.*

56. Ni puede obstar la disposicion de los textos *in leg. ex facto 17. §. si quis 6. ff. ad Trebell. leg. filius familias 114. §. cum pater 15. ff de legat. 1. leg. cum quidam 24. de legal. 2.* con otros muchos concordantes; de los quales se podia inducir, que el que tiene facultad de elegir, puede hazer la eleccion en uno, motiendo á los demás. Porque todos esos textos hablan en terminos de facultad de elegir á uno de muchos, o quando la facultad está concebida para elegir en la familia, en cuyos casos, eligiendo á uno solo, queda observada la comision, por ser verdadero dezir, que siendo uno de la familia electo, queda en ella el fideicomiso; ó quando la naturaleza de la disposicion, y la sujeta materia lo dicta, como sucede en terminos de

primogenitura, de mayorazgo, o de fideicomiso perpetuo, en los quales, aunque la facultad de elegir se explique con pluralidad, como esta se deve entender por el orden succesivo, eligiendo á uno se cumple en la voluntad. Asi con sentir de Surdo *confil. 375.* y otros, satisface los citados textos Ciriac. *tom. 3. contrav. 548. á num. 52. feqq. y lo dixo antes tomo. 2. contrav. 312. num. 68.*

57. No hallandose pues en nuestra capitulacion concedida á Doña Violante Fenollet

semejante facultad absoluta de elegir á uno de sus hijos segundos, o terceros, y aun ninguna facultad para con las hijas; es legitima consecuencia, que por ningun titulo pudo elegir á Doña Josepha, pues devia aver hecho la distribucion en ésta, y en sus otras dos hermanas, conforme al arbitrio de buen varon. Asi en los terminos propios de nuestro caso, lo funda, y resuelve, y lo expresa muchas vezes sentenciado Ciriac *dict. controuv.* 548. n. 49. 50. *ibi: Quia facultas data erat difpenfandi inter filios indefinité, in numero plurali; undé fi reliquiffet unum tantum, non effet verum, quod difpofuiffet inter filios;* lo que en el num. 51. autoriza con mucho numero de graves Dotores.

58. De lo que se infiere, no poder dexar de ser injusta, y nulla aquella sentencia del Juez de Confiscaciones, no solo en quato condenó al Real Fisco en representacion del Marqués al pago de todas las dichas 9500.lib. que por entero no se devian, si solas 7500.lib. ad tradita suprá num. 20. fi que tambien es injusta, y nulla, en quanto aplicó toda aquella suma á favor de la dicha Doña Josepha, quando el derecho de ésta se reducía á percibir una sola tercera parte de lo que constava, y consta por dichas escrituras era obligado el Marqués Don Antonio á restituir de aquella supuesta dote.

Parte II. *Que aunque dicha sentencia no fuese, como es nulla
por dichas causas, bastarian las nullidades que padecen
dichas adjudicaciones de bienes, hechas á favor
de Doña Josepha, para aquel su pretenso pago.*

59. Por tantas las nullidades, que obstan á las dichas adjudicaciones, que cada una procede de su especial causa, será mas congruo para la mayor claridad, tratar separadamente de cada una,
como se sigue.

Nullidad 1. Por no averse observado el orden judicial para hazer execucion en bienes rahizes.

60. Esta nullidad se justifica del vulgar texto in leg. *A Divo Pio 15. §. in*

venditione, ff. de re judicat. que afsigna el orden, que se deve guardar para la distraccion de bienes de todo reo condenado al pago, disponiendo deverse empezar por los muebles, y semovientes; en falta de estos pasarse á los inmuebles; y en falta de estos, á los derechos, y acciones. Concuerdan en este mismo orden la ley 19. tit. 21. lib. 4. *recopil. leg. 3. tit. 27. part. 3.*

61. Y aunque es question entre los Dotores, si ese orden de proceder en la via executiva, es, o no dispuesto *pro forma*, y si su omision viciará, o no la execucion, como lo disputa Carleval. *de jud. tit. 3. difp. 1. num. 11.* con muchos Dotores que cita *pro utraque parte*, Gutierrez lib. 1. *pract. quaeft. 131.* Azevedo in *dict. leg. 19. tit. 21. lib. 4. recopil.* quienes sienten por la negativa, con el motivo, de que en estos Reynos se procede *sola facti veritate attenta, ex leg. 10. tit. 17. lib. 4. recopil.* sin embargo otros muchos, que por la contraria cita, y refiere Carleval. *ubi proxime*, como son Molina, Maranta, Parlador. Avendaño, Rodriguez, y otros, sienten lo contrario; y lo mismo Carolo Antonio de Luca in *Addit. ad Vincent. de Franch. decif 441.* donde cita á otros, sintiendo se nulla la execucion, y digna de revocarse no guardandose aquel orden.

62. Pero esta question parece deve tener lugar en todo caso de averse procedido en forma de via executiva, guardados los terminos de ella, como lo insinua Avendaño, citado por Gutierrez *ubi proxime*. Y en estos terminos, vistos los autos de aquel Juzgado de Confiscaciones, no se encuentra diligencia alguna propia de la via executiva, ni trava alguna de execucion, si solo se halla, que pronunciada que fue aquella sentencia, puso mano la parte de Doña Josepha Boil á elegir para su pretenso pago aquellas fincas que le parecio elegir; y sin mas diligencia, que la de aver instado, y obtenido se justipreciasen, se las adjudicó aquel Juez en pago, y la puso en posesion de ellas, como se ha dicho *suprá dict. num. 8 y 9.* y este modo de proceder, que no se puede dudar, ser contra las literales disposiciones de los textos citados *suprá num. 60.* no parece puede dexar de influir eficaz nullidad contra aquellas adjudicaciones, por defecto del orden judicial.

63. Porque la adjudicacion de bienes por execucion de sentencia, no se puede hazer sin vicio de nullidad, si no es en el caso, que el deudor no pague, o no se halle comprador á los bienes executados; *auth. hoc nifi debitor, Cod. de folut.* en cuya autentica concuerda la ley 3. tit. 14. *part. 5.* *ubi Gregor. Lopez, Parlador. lib. 2. rer quotid. cap. ult. 5. part. §. 17. ex num. 22.* Carleval. *de jud. dict. difp. 1. á num. 13. feqq.* No hallandose pues diligencia alguna de averse procurado buscar comprador, de necesidad han de ser nullas las adjudicaciones, por no

averse observado aque orden executvo de la citada *ley A Divo Pio*, y mas en fu §. *fl pignora* 3. que sin aquella condicion, no permite la adjudicacion, ibi: *Si pignora, quae capta sunt, emptorem non invenient, rescriptum est ab Imperatore nostro, Divo Pater ejus, ut addicantur ipfi, cui quis condemnatus est.* Por esta razon se halla constituido. *in leg. prolatam* 4. *Cod de sentent. interloq.* ibi: *Prolatam a Praefide sententiam contra folitum judiciorum ordinem, auctoritatem rei judicate non obtinere certum est.*

Nullidad 11. Por averse hecho la adjudicacion, y pago en bienes de mayorazgos, o vinculos perpetuos.

64. Consta en el hecho suprá num. 10. y van concordes las partes, que dichos bienes adjudicados, todos son de mayorazgo perpetuo, por cuya qualidad son libres, y exemptos de distraerse, y enagenarse, aun por causa de restitucion de dote, sin mediar facultad Real, Molin. de *Hispan. primog. lib. 1. cap. 20. num. 15.* á quien refiere, y figue Carleval. de *jud. dict. tit. 3. diffp. 1. num. 20.* Nicol. Bas *dict. cap. 17. num. 10. 29.* Ciriac. *tom. 1. controuv. 160. num. 8. 9.* Fufar de *subftit. quaeft. 623. num. 7.* Conque siendo de esa calidad, es confequente aver de ser nullas las adjudicaciones de ellos por aquel pretensio pago, y no ser capaces de dar titulo á la dicha Doña Josepha.

65. Ni contra esto le puede sufragar, que dichos mayorazgos serian fundados antes de la promulgacion de las Reales Leyes de Castilla en este Reyno, y por consiguiente fundados en tiempo de los abolidos fueros, en que en este Reyno era corriente, que por causa de constituir, o restituir dote, se podían enagenar sin facultad Real, y con solo judicial decreto, los bienes sujetos á mayorazgo perpetuo, que fuere fundado por ascendiente, segun el *fuero 7. rubric. de haered. infitit.* concordante con la *auth. res quae, Cod. commun. de legat. Leon. tom. 2. decis. 176.* Nicol. Bas *dict. cap. 17. num. 18.* donde cita crecida colectanea de Autores.

66. Porque esto solo tenia lugar en caso subsidiario, es á saber, en falta de bienes libres en el obligado á la reftitucion de la dote, al tiempo que vino el caso de la restitucion, como se contiene en el citado *fuero 7. de haered, infitit. dict. auth. res quae, Cod. commun. de legat. Leo. tom. 2. dict. decir. 176. decir. 140. a num. 8.* Salgad. in *labyritit. 3. part. cap. 4. nuin. 20.*

42. Card. de Luca de *dote, difc. 145. aun. 64. difc. 37. nupiz. 8. difc. 41. num. 2.* con otros muchos que cita Bas dict. *cap. 17. num. 28.*

67. Al tiempo que vino el cao de esa restitucion, que fue por la muerte del dicho Marqués Don Antonio, sucedida en el año 1702. como se ha dicho suprá num. 5. consta en los autos, que quedaron exigentes en su herencia muchos bienes libres, asi muebles, como derechos, y acciones, todos muy preciosos, como resulta del inventario presentado en los autos á foj. 246. y aun testifican muchos de los testigos del Marqués sobre el 7. 8. 9 y 10. de sus artículos de la foj. 340. que de voluntad, y consentimiento del Real Fisco, y de aquel Juzgado de Confiscaciones, todos aquellos preciosos muebles les proseyó el entonces Governador de esta Ciudad, dessrutando éste por muchos años, hasta que murió, los rentos de la casa grande de la Plaza de Predicadores, en que habitó; y que despues de su muerte se hizo publica almoneda de aquellos bienes en el año 1721. como lo testifican sobre el 11. de aquellos artículos, tiempo muy posterior á la adjudicaron de que se trata, y en que se justifica la exigencia de aquellos bienes libres.

68. Asimesmo por lo dicho suprá num. 8. consta ser entonces extante, y aun al presente lo es, el censo de capital de 1200.lib. que responde esta llustre Ciudad, contenido en la dicha transportacion de la foj. 55. con mas sus devengados, que extan en credito desde el año 1685. como se expresa en la certificacion del Archivero de esta Ciudad, que está en los autos foj. 153.

69. Existiendo pues al tiempo de la muerte del Marqués Don Antonio dichos bienes libres tan quantiosos, y valiosos, y aun de los mismos de la parte de dicha dote, qual es e dicho censo, con sus devengados; es claro, que no vino el caso de poder nacer aquella accion subsidiaria, para procederse contra bienes de mayorazgo, pues se subsigió la promulgacion de la Ley Real en este Reyno, y con esto la derogacion de aquel *fuero 7. rubric de haered. infitit.* que permitía semejante distraccion de esos bienes, por restitucion de dote, ad tradita suprá num. 65. Luego aviendola deducido Doña Josepha en el dia 12. de Junio del año 1713. como se ha dicho, y hechase las adjudicaciones en los años 1715 y 1717 como se ha dicho suprá num. 8 y 9. Sin duda han de padecer éstas insanable nullidad, por defecto de accion en Doña Josepha Boil contra tales bienes, que quedaron exemptos de toda obligacion, y de aquel subsidio, por la dicha exigencia de bienes libres, bastantes, y sobrados para el pago.

70. Ni le puede sufragar, que por la pasada Guerra, y Confiscacion, se avian desaparecido los dichos bienes libres de aquel inventario. Porque aviendose procedido en ellos por gracia, que no excluía la acción de Doña Josepha, que era de justicia, y se presumían extantes en poder del Fisco, jamás se puede confesar averse desaparecidos; Salgad. *in labyrinth. part. 1.*

cap. 10. a num.

57. *magis ad rem num. 67.* y mas quando el Fisco notoriamente es siempre pagador, Sabel. *infum. diverf. verb. Fiscus, num. 1.*

71. Y caso negado se pudiesen dezir desaparecidos, (que jamás se puede dezir de todos, exigiendo el dicho censo, y sus corridos) culpa fue de Doña Josepha averlo asi consentido con su

silencio, y negligencia, en cuyo caso voluntariamente perdió su accion fubfidiaria, *leg. fi hypothecas 8. Cod. de remif. pignor ibi: Si hypothecas Fij@o diftrabente, creditores filentio tradiderunt negotium, palam est etiam actionem luan amifsiffé eos, quain in rem habebant.*

72. Por esto el que tiene el dominio directo, no puede, por los Canones preteritos, proceder contra el nuevo poseedor de la cosa emphyteutical, hallandose aver sido negligente en pedirles á tiempo, que comodamente les podia cobrar del precedente poseedor. En terminos Surdo *deci 32. num. 9. ibi: Excufaretur tamen hoc casu poffeffor ú praeterito Caiione, fi dominus, qui poterat commodé exigere ab etiipliuteutafuiffet negligens.* Y lo mismo fuced en la dotada de bienes de mayorazgo, que fiando por su marido quedó indotada; la qual se excluye de todo derecho á pedir redotacion de qualquiera bienes de mayorazgo, solo porque voluntariamente se obligó. Asi lo trae decidido por la pasada Real Audiencia de este Reyno Nicol. Bas. *dict. cap. 17. num. 31. ibi: Observa tamen, qiiodji dotata ex bonis fideicomisi, fidejufferit pro viro, aut volutittiriéfe obligaverit, exfactofuo diftipata, confuinpta bona dotalia fuerin, indotata rematiferit, non debet iterum dotari ex bonis fideicommiſſo fubjectis.*

73. Luego ni Doña Josepha pudo recurrir contra dichos bienes, aviendo tolerado, que los libres, principalmente obligados, se enagenasen; mayormente, quando la exigencia de estos hizo faltar la condicion, *sub qua* podía introducirle, y nacer su accion *alias* subsidiaria: Luego en quanto de hecho se le adjudicaron en pago, fueron nullas por esa causa aquellas adjudicaciones, sin que le puedan fervir de titulo.

Nullidad III. Por no averse hecho legitima discusion.

74. Facilmente queda comprobada esta nullidad, á vista de lo ponderado suprá num. 67. & feqq. porque fiendo el caso subsidiario el unico, que si huviera sucedido (que no es assi) podia hazer lugar á echar mano de los bienes de mayorazgo para el pago, este caso le devia aver verificado Doña Josepha Boil como fundamento de su intencion, probando la no exigencia

de bienes libres, para el pago que pretendía, *leg. ei qui, ff. de probat. leg. actor, Cod. eod.*

75. En terminos el citado Nicol. Bas *dict. cap. 17. num. 36. Ibi: Alia Sentencia verior, fecurior, docens, mulieri agenti contra fieicoinniisarium incumbere otius probandi carentiam bonorum liberorum, ex quibus dos constitui, vel reftitui pofsit, tenenda, fequenda eft, nam cum non habeae mulierfundatam intentionem, ad detrabendam dotem ex bonis fideicommissi, nifi liberis deficientibus, incumbat e; onus probandi defectum bonorum liberorum, cuinfat intentioniis fue fundamentuin. En cuya comprobacion cita muchos Autores.*

76. Ni esa diligencia se justifica hecha, por aquel certificado de la foj. 86. de los autos, que se dize dado por Don Francisco Miguel Danvila, Depositario que allí se expresa ser de bienes confiscados, en que dixo, no tener bienes en su deposito. Porque como dixe suprá en el hecho num. 7. allí dize no tenerles, por averse consignado, y adjudicado en pago de reales mercedes, lo que no puede influir perjuizio en los creditos de justicia, pues la graciosa enagenacion, no libra al Real Fisco de la obligación, en que se constituyó por heredero anomal, Molin. *de Hifpan. primog. lib. 1. cap. 24. num. 22. Fontanel. de pact. nupt. clauf. 5. glosf. 4. part. 1. num. 61. cumfeqq. plures apud Sabel. infum diverf. verb. Fifcus, á num. 2.*

77. A que se añade, que aquella sola diligencia no es capaz de inducir legitima discusion, pues para ésta, deven preceder otras muchas diligencias de inquirir, hasta ganar auto del Juez, que declare, quedar discusos los bienes, y ser caso de la accion subsidiaria, cuyas diligencias doctamente declara Salgado *in labyrint. credi. part. 1. cap. 23. per tot. fignanter num. 32. 33. y mas claro num. 45. ibi: Quod debet praecedere excufio citatofidejuffore, auto tertio rei hypothecatae poffeffore, necnon fententia Judicis competentis declaratoria fuper ipfa excufione.* Y en fu comprobacion cita a muchos Autores. Lo mismo trae decidido por la Rota Puteo lib. 1.

decis 32. Otros muchos cita Nicol. Bas tom. 2. cap. 56. num. 58. No hallandose en aquellos autos esa judicial declaracion (que fegun lo antedicho, no es dable se pudiese obtener); es consecuencia, fer tambien por efta caufa nullas aquellas adjudicaciones.

Nulidad IV. Por hallarse injusto, y colusivo el justiprecio de aquellas fincas

78. Refulta probado en los autos, que desde el año 1715 hasta el presente, y en muchos años antecedentes, no es, ni ha sido dable comprar tierras de igual calidad, y bondad á

las dichas

quatro piezas de la huerta de Ruzafa, con la conveniencia, de que su annuo rento por via de arriendo frute á razon del cinco por ciento del capital precio de la compra, lo que de vista, y experiencia afirman los quatro primeros restigos prefentados por el Marqués sobre el 20 de sus artículos de la foj. 340. añadiendo sobre el 12 y 13. mayor razon de ciencia, por el aumento de estimacion, y valor, quehan recibido las casas, y tierras, por la cesacion de los cambios feriales, y dificultad de los censos, de que ha resultado abundancia de compradores, que ha hecho aumento al valor de las cosas.

79. Tambien resulta por lo que testifican sobre el 24. de los citados artículos, que cada una cahizada de casi todas las quatro piezas, valia en el dicho año 1715. la quantia de 750.lib. afirman-

do fobre el 27 de los mismos artículos, que á persuasiones de la parte de Doña Josepha, quatro testigos oyeron dezir á Labradores de dicho Lugar de Ruzafa, (que les nombran, y uno de ellos de oida de los mismos justipreciadores) que estos las tasaron por

solas 4410.lib. suponiendoles, que como á pleyto de entre hermanos, que fácilmente se ajustarian venida la Paz, convenía sacar de la conficacion quánta mayor porcion de tierras se pudiese, de

aquella tan preciosa heredad.

80. Avista de esta probanza, no parece poderse dudar de la injusticia, y colusion de la valoracion, así porque se procedió con aquella persuasion, y fraude con los estimadores, como porque, segun se ha dicho en el hecho num. 9. la misma parte de Doña Josepha confeso reddituar annuas las dichas quatro piezas de Ruzafa en razon de arriendo 302.lib. 10. Sued. y esta verdad la testifican con aumento los testigos del Marqués, Labradores peritos, y prácticos, sobre el 25. de sus citados artículos; los quales, comprehendiendo las 40.lib. que era el todo del arriendo de las once hanegadas de tierra, que es la ultima de las quatro piezas de Ruzafa, (que en el todo la ha usufructuado Doña Josepha, y se le dio la posesion, sin aversele adjudicado mas parte, que la de una cabizada de aquella pieza, como queda dicho suprá num. 9.) Sacan, y tasan el importe de los annuos arriendos de las quatro piezas de Ruzafa en suma de 317.lib. 6. fued. 8. din,

81. Amás de esto, por la Alqueria, y tierras de Pala, ha percibido annuas 100.lib. y por la casa de la calle de en Bou se arbitran otras 100.lib. precio muy modico para lo que es de grande dicha

casa; de forma que todo haze el annuo rento de 517.lib. 6. fuel. 8. din. que caso negado su credito fuese el de todas las 9500.lib. que pretendió, (que no lo es, como se ha dicho suprá en la primera parte á num. 18 & feqq.) no es dable pudiese llegar, segun dicha probanza, á las 475.lib. que es lo que corresponde a cinco por ciento.

82. De lo que se vé, que por la dicha casa, y por la Alqueria de Pala ha percibido desde el año 1715. inclusivé, hasta el prefente, 3400.lib. y por las quatro piezas de tierra de Ruzafa, desde Abril del año 1717. hasta el prefente, 4760.lib. que ambas partidas suman 8160.lib. quedándole fincas en capitales de 14350.lib. segun da la tasacion de dichos testigos; es á saber, por los dichos quatro pedazos de tierra de Ruzafa, 8750.lib. por la Alqueria, y tierras de Pala, segun lo testifican sobre el articulo 26. por 2700.lib. y por la casa de la calle de en Bou 2900.lib.

83. Aquella pues injusticia de valoracion, no puede dexar de influir notoria nullidad en aquellas adjudicaciones. Porque se vé averse distraido mas bienes de los que podía pedir la necesidad, pues aun en el caso subsidiario, solo podria ser licito distraerle lo que era preciso, y no mas; *argum text. in leg. 1. §. ult. ff de feriis*, Peregrin. *de fideicoin. art. 40. num. 66. ibi: Quo dicit prohibitio facta ad certum tempus, non ulterius profertur, sic alienatiollis permisso in perniciem fideicommissi non ulterius progreditur, ut sic Testatoris voluntas infra suos terminos custodiatur* Con mas extension lo exorna Leo. *in dict. jur responso post decir. 173. num. 179.* donde dize ibi: *Et licet bona fideicommissi subiecta, aliis non existentibus bonis, pro debitis Testatoris vendi, alienari possint, leg. filius fam. §. Divi, de legat. 1. hoc. tamen intelligendum in concurrenti quantitate aeris alieni: fucus tamen in eo, quod excedit summam debitam.*

84. Y por esta causa se halla dispuesto *in leg. si quos 16. Cod. de rescind. vend.* que el justiprecio, no solo se haga de los capitales, sino tambien de los annuos reditos; y concluye, ibi: *Ne sub nomine subhaftationis publice, locus fraudibus relinquatur, uto possessionibus viliori pretio diffractis, plus exactor ex gratia, quam debitor ex pretio consequatur* Y ese daño, que precavióesa ley, se halla por lo antedicho, que gravemente le padece el Marqués con aquella injusta, y colusiva valoracion, que haze nulla toda adjudicacion, como en terminos lo asienta, con mucha copia de Doctores por esa ley 16. *Posth. de subhaft. inspect. 47. num. 22.* y es terminante el texto *in leg. si non fortem 26. §. 4. ff. de condict indeb. ibi: Si ex falsa debiti quantitate majoris pretii resoluta est, non fit confusio partis rei, cum pecunia: nemo enim invitus compellitur ad communionem, fed condictio integre rei manet. Tenet cum pluribus Surdo decir. 45. num. 3.*

85. En nuestro caso se halla tan considerable exceso con aquella adjunta

persuasion colusiva de aquellos apreciadores, que por tal, no merece nombre de justiprecio, por el vulgar axioma: *Paria sunt non fieri, non rité; leg. quotiens 6. ff. qui fatif. cogant. cum. vulgat. Barbosa axiom. 174. num. 14. 15.* Luego fe ve, que no se hizo valoracion, que se pueda dezir justa, mediante lo qual, ni la sentencia del Juez, ni sus subsegudios procedimientos, pueden dar titulo al Doña Josepha, ni perjudicar al Marqués, *leg. Praeces 5. Cond. de pignor ibi: Nec tibi oberitfententia aduersas debitorem tuum dicta, fl eam collufife, c. Leg. fifervus 50. §. 1. de legat. 1. ibi: Si haereditatis Judex contra haeredem pronuntia verit non agentem caufam, vel lu fforie agentem, nihil hoc nocebi legatarias.*

86. Y mas quando vistos aquellos autos, se halla, que el Fiscal de aquel Juzgado nada alegó, de tanto como queda dicho, y se dirá, avia relevante que alegar contra la demanda de Doña Josepha, y contra los procedimientos, y adjudicaciones de aquel Juez, por cuya causa sola, queda probado el fraude, y colusion, *dict. leg. fifervus 50. §. 2. Verf. Sedfi, de legat. 1. ibi: Sedfi fubjecit delatores fibi, nei haereditas adjudicetur, oneribus careret, vel minus plené defendit caufam? Non fe exonerat, exemplo ejus, qui collufforié de haereditate litigavit.* Y Molina de *Hifpan. primog. lib. 4. cap. 8. num. 9.* por effe texto dize, quedar probado el fraude, y colusion, por la omision de la defensa, *ibi: Probabitur autem fraus, vel collufio, eo ipfo, quod principalis victus, non curavit jur a fua deducere, vel exhibere.*

Nullidad V. Por no aver intervenido subastacion.

87. Aunque no fuesen las dichas adjudcaciones infectas con tantas nullidades como dexo comprobadas, bastaria sola ésta del defecto de la publica subastacion, con cuya omision se califica mas la verdad de aquellos testigos, que testifican de aquella colusion, y engraño con que se procedió con aquellos estimadores de dichas fincas. Porque no es dudable, que en la judicial

distraccion, no basta el justiprecio para la adjudicacion, si que tambien deve simultaneamente intervenir la publica subastacion. Asi por regla se constituye *in lege Ordo 3. Cod. de execut. rei*

judic. leg. V etuftiffimam 3. Cod. de jur Dom. impetrand. leg. 52. tit. 3. part. 5. ubi Gregor, Lopez, Carleval. de jud. tit. 3. difp. 1. num. 9. 10. Molina de Hifpan. primog. lib. 4. cap. 3. num. 44. 45. Menoch. de arbitr lib. 2. cent. 2. inf. 129. num. 1. Pofth. defubhaft. inspect. 7. per tot. con muchos Matheu de región. cap. 13. 3. num. 30. 31.

88. Muy en terminos Covarruv. lib. 2. var cap. -@l- num. 3. aun en caso de averse hecho la subastacion, y no averse obfervado la devida forma, dlze ibi:

89. Y con razon, porque no cabe adjudicacion á favor del Acrehedor, que no se haga primero diligencia de buscar comprador; cuya diligenci a en la observancia judicial lo es la subastacion, pues de otra forma no se permitiria la adjudicacion, no hallandose comprador, como para solo este caso expresamente lo dispone la dicha ley *A Divo Pio, §. fi pignora 3. ff. de re jud.* ibi: *Si pignora quae capta funt eniptorem non inveniant.* Y no se puede dezir, no averse hallado comprador, si no es precediendo la diligencia de averse buscado; por lo que el defecto de la subastacion, que padecen aquellos autos, de preciso ha de caufar insanable nullidad en aquellas sus adjudicaciones.

Nullidad VI. Por ser en grave dispendio del resto de la dicha heredad de Ruzafa, la dismembracion de las dichas quatro piezas de tierra.

90. Queda probado en los autos por dichos testigos del Marqués, que de aquella heredad, que si contenia 37. cahizadas de tierra, todas unidas, y contiguas, se han entresacado dichas qua-

tro piezas, (que son de las de mejor calidad) y cada una con separacion, y distancia entre si, y con mediacion de otras cahizadas: de forma, que por este modo de dismembracion, y desunion, queda el resto de la heredad perjudicado en mas de una quarta parte de su estimacion, y el valor, como asi lo testifican fobre el 16. 17. 18 y 19. de dichos artículos.

91. Y es cierto, que toda execucion sae deve hazer con el menor dispendio, y daño del deudor, dict. leg. *A Divo Pio 15. § 4. verf. Sed ilud, ff. de re jud. leg. 16. Cod. de refcind. vend. Matheu de Regim. Reg. cap. 13. §. 4. num. 58.* Y es grave dispendio quitar la coherencia, y confinacion de los predios, *argum. text. in leg. Si aequo pretio 66. de legal. 1. leg. fi cui fundus 54. de legat. 2. ibi: Sepec enim confities fundos, etiam supra iustam aestimationem interejk nostra acquirere. Gotofr. en fu gloffa lit. E ibi: Id quod intereft, faepz excedit iustim re; aestimationem.* Luego siendo tan grave el dlspendio, que frente el Marques, en que el paso que se le han dismembrado fincas en valor de las dichas 14350.lib. que excede á la minima porcion de credito, que le podia caber á Doña Josepha, al mismo paso se le perjudica en mas de una quarta parte de la estimacion del remanente de la heredad, convence de mas injustas las dichas adjudicaciones.

92. Y aun serian injustas, y nullas, en los negados terminos, que á favor de dicha Doña Josepha asistiese credito justificado en todas las 9500.lib. que pretendió, y se hacia lugar á la rescision, que concede la *ley- 2. Cod. de refcind. vend.* caso que nos hallasemos en terminos de esa ley. Porque quedando comprobado ser el valor de los bienes adjudicados en tan crecida suma, se hallaria patente lesion *ultra dimidiam*, segun la computacion de la *ley 1. titu. 11. lib. 5. recopil.* que doctamente con mathematicas demonstraciones explica Gutier. *lib. 2. pract. qaeft. 133. per tot. Olea de cef. jur tit. 4. quaeft. 3. num. 6.* quien cita á muchos.

93. Pero no teniendo Doña Josepha semejante credito en aquel todo, se convence mas la lesion; la qual, junta con el dicho fraude, y con las diligencias omitidas, indispenfables para la judicial venta, con la admixta colusion para la distraccion hecha á sola peticion, y eleccion de Doña Josepha, y omision de la justa defensa, que incumbía á aquel Fiscal, no le puede dar titulo para retener su injusta posesion, ni le puede librar de restituirla al Marqués, juntamente con los frutos, y rentos percibidos, text. in leg. quijúb imagine 10. Cod. de diftract. pignor Carleval. de jud. tit. 3. difp. 24. n. 7. 8. 9@

Parte III. En que se justifica la dicha demanda del Marqués en consecuencia de lo alegado en las dos partes que anteceden, y se excluye la de Doña Josepha Boil.

94. Obstando á las dichas sentencias, y adjudicaciones, como obstan tantas, tan numerosas, y relevantes nullidades, sin duda parece legitima, é inquestionable la illacion de quedar justificada la dicha demanda del Marqués, en que pide sea reintegrado en la posesion de todas las dichas fincas, en que si el Real Fisco las poseyese, como antes de aquellas adjudicaciones, lo huviera sido el Marqués por beneficio del capitulo 9. de la proxima pasada Paz de Viena; y esta reintegracion deve ser con los frutos percebidos, y que se han podido perceber por Doña Josepha Boil, hecha compensacion en tanta parte de ellos, en quanta se liquidáre en su peculiar juizio aver sido su credito.

95. Porque á vista de tan probadas nullidades, es innegable, que aquel Juez cometió manifiefto despojo en aquellas adjudicaciones, Ciriac. *tom. 3. controuv. 500. num. 2. ibi: Judex nulliter procedens ad executionem dicitur spoliaré. Gratian. tom. 4. difcept. forenf. cap. 734. num. 6. ibi: Non obftante, quod fuerit ad iftos actus deventum, de mandato Judicis, cum etiam illo nulliter, injiifté procedente, detur actio spolii, cap. ex infinuatione 3. de procurat.*

96. Y por esto es cierto, que ante todo se deve purgar ese despojo en el mismo modo, que

si le huviera cometido qualquier privado, Merlin. *decis.* 288. *ibi: Quo propofito Domini affinnativé*

reponderunt, quia ubi Judex rité, recté non procedit, dicitur procedere tamquam privatus, fpoliare, ad cap. conquaerente, ubi Abbas num. 8. de reftit. fpoliat. Gratian. dict. cap. 734. num. 10.11. Ibi: Et pafsim spolium quantuinvis judiciale in pritnis, ante omtiia eft purgandum, non minus, quanifiuiffet commiffum a privato. Maximé quando Judez procedit ad infantiam partis, quafitunc ipfammetpars videaturfpoliare. Del mifmo fentir fue la Rota decir. 98. per tot. part. 9. recent. decir. 375. part. 13. recent.

97. Siendo pues, como es regla, que así deve ser ante todo restituido el despojado, *cap. conquaerente 7. de reftit. fpoliat. cap. 2. final de ord. cognit. leg. 1. §. fi Predo, ff de pof. leg. Colonos, leg. cum fundum, ff de vi, vi armat. leg. Judice 64. de judic.* Sin duda procede la reftitucion, y reintegracion que tiene pedida el Marqués, pues consta de la injusticia de la sentencia, y notoria nullidad de aquella adjudicaciones. En términos Mafcard. *de probat. vol. 3. concluf. 1324. num. 16. ibi: Quando notorié conftat de injuftitia, nullitatefententiae, per quam Judez fpoliavit, etian fi judicialiter procefferit, hoc cafu reftituendus eritfpoliatus.*

98. Admirablemente en términos confirma esta reftitucion el ya citado texto *in leg. fi non fortem 26. §. fi centum 4. ff de condict. indeb.* donde por la adjudicacion injusta, y aun por deuda, á que la cosa adjudicada excede en su valor, se deve por entero restituir la cosa al deudor, aora sea la adjudicacion judicial, aora extrajudicial, como con Castrense, Alciato, Parifio, Tiraquelo, y otros lo funda Surdo *dict. defi. 45. num. 4.* Luego con mayoria de razon se avrá de mandar la reintegracion que pide el Marqués, quedando justificado, no asistir á Doña Josepha accion de credito en todas las 9500.lib. que pretendió, si solo en una tan minima parte, qual dexo comprobada *suprá num. 18. & feqq. Covarruv. 2. var cap. 11. num. 3. Leon in dict. jur refponf. num. 78.*

99. Esto procede con mas seguridad en términos en que se llevó aquella causa con el Real Fisco, en cuyo caso hallandose collusion, o fraude, minoridad de precio, ú omision en deducir, y alegar, o en la solemnidad de la subastacion, que edicto de Divo Marco se mandó restituir los predios; literal es el texto *in leg. aedicto 3. Cod. ji adverf. Fife. Ibi: Sed quoniam per collufiotiem, Jive fraudem tunc temporis procuratoris noftri nimis exiguo pretio fundum tuum cum mancipiis venundatum affeveras, fi aditus rationalis nofter, tuis adefse fidem allegationibus, nec jervatam folemnitatem haftarum animadverterit, Fifco tefatsifaciente, evocata venditione, futidum tibi reftitui jubebit.*

100. Que esa reintegracion deva ser cuni fructibus, es claro; porque es cierto, que el que posee por virtud de sentencia nulla, deve ser amovido de la posesion, y condenado á la restitucion de frutos, *expressus text. in legfilio 16. §. 1. ff de inof testam.* y el que ha sido puesto en la posesion por el Juez juris ordine non fervato, no puede retener los frutos que percibió en su posesion; sin que le valga la vulgar regla: *Iusté pofsidet, qui authore Praetore pofsider, leg. 11. ff de acquir poss. leg. 137. ff de reg. jur* porque la autoridad del Juez no es capaz de transferir dominio por su sentencia, y adjudicacion nulla; mayormente mediando la collusion de la parte, y las demás vifibles nullidades, que quedan ponderadas, en cuyos terminos se califica de poseedor de mala fé, en quien no cabe la retencion de frutos, por el texto *in §fi quis á non Doinino 36. inffit. de rer divif. ubi repetentes cuan vulgatis*; y lo mismo es carecer de titulo, que tenerle nullo, o invalido, *leg. quotiensff qui fatifd. cogant. Surdo dict. decir. 45. á muni. 16. Leon in dict. jure. responf. num. 219. Barbosa dict. axiom. 174. num. 8.* y es claro el citado texto *n legfilio 16. §. 1 de inof te fam.* donde se decide la condenacion, y restitucion de frutos contra el que poseia, por virtud de judicial y adjudicacion, y sentencia nulla.

101. De lo dicho resulta, no poder proceder la citada demanda de Doña Josepha, en quanto queriendo retener la dicha Alqueria y tierras de Pala, se ofrece á restituir la dicha casa de la calle de en Bou, y las dichas quatro piezas de tierra de Ruzafa, con tal, que por estas dos ultimas fincas le pague el Marqués ante todas cosas 7726.líb. 13. Suedl. 4. din. que supone importaría respeto de ellas aquel injustisimo, y colusivo justiprecio; reconociendo al mismo paso, que esas dos fincas son de mayorazgo perpetuo, que jamás le poseyó el Marqués Don Antonio, y por esto no obligadas á la restitucion de aquella dote.

102. Porque fuponiendo, que ese reconocimiento de no ser obligadas dichas dos fincas, califica mas la nullidad de su adjudicacion, por averse procedido contra ellas sin la mas minima accion de credito en Doña Josepha, ni con las precisas diligencias, es cierto, que ni esas fincas, ni la otra de la Alqueria de Pala puede retener, con el pretexto de que se le pague la dicha quantia, que pretende; pues aunque al parecer le sufragaria la disposicion del texto *in dict. leg. fi non fortem 26. §. fi centum, ff. de codict indeb.* por aquellas palabras, ibi: *Ager autem retinebitur, donec debita pecunia solvatur*; y las otras de la dicha ley 3. *Cod. fi. adverf. Fife. ibi: Fisco te fati, y faciente*, con los demás motivos porque se inclinava el Senado de Mantua, y refiere Surdo en la *decir. 46. ú num. 7. cum. feqq.*

103. Sin embargo de esos motivos, pronunció lo contrario ese Senado, no por otra razon, sino por la misma, que aun con mayoria concurre en nuestro caso; es á saver, que el credito de

que allí se trataba no era liquido, y el que se suponía deudor avía movido controversia sobre su confidencia, que no se podía liquidar con brevedad, y que el se decía acrehedor, avía poseído, y disfrutado por muchos años crecidas quantias de los bienes, que con nullidad se le avían adjudicado: así lo refiere el mismo Surdo ind dict. decif. 46. num. 16.

104. Y esto mismo sucede en la ocurrencia, pues por lo antedicho consta á num. 18. & feqq. que el credito de Doña Josepha no fue, ni pudo ser en todas las 9500.lib. que pretendió: y así se vé, que sobre ese tanto de su importe ay controversia. Consta tambien, que ese credito solo en corta porcion le podía tener Doña Josepha; y consta tambien, que durante los muchos años de su injusta posesion, ha percebido de rentos la crecidísima quantia que dexó demonstrada. Y pues la restitution deve ser *cum fructibus*, dict. leg. 16. §. 1. ff de inof. testam. fin duda, hecha la compensacion de tanto de estos, en quanto le liquidare su credito, en que resulta exceso, que aun deve restituir al Marqués, procederá la demanda de ese, engandofele á Doña Josefha la retencion que pide, como se negó en propios terminos en el Senado de Mantua en la citada decision; y lo funda con muchos Dotores Crespi *obferv.* 116. num. 74. 84.

105. Conque parece indubitable consecuencia, no poder tener lugar la retencion que pide Doña Josepha Boil; y mas viniendo el Marqués usando, no solo del remedio de nullidades, sino tambien del de la *in integrum* restitution, que son remedios propias para la reintegracion, y recobro de los bienes con nullidad adjudicados *pro executione rei judicatae*; Carleval. *de jud. tit. Piu 3. dije. 24. m. 18.* quien cita á otros.

106. Por todo lo cual espero se declarará en todo á favor del Marqués Don Joseph Boil, como lo siento; *salva semper*, c. Valencia, y Enero 16. de 1732.

D. Pedro Abaás, y Leonart.

APÉNDICE DOCUMENTAL 22.

Testimonio de escribano. Chancillería de Valladolid. Pérez Alonso, 3783-4.

Corresponde con la escritura original que en mi poder y oficio queda en el papel correspondiente, a que me remito, y en fé de ello, yo Manuel Hernanz Salamanque, Escribano

de su Majestad y del Número y Ayuntamiento General de Esta Villa de Iscar y s tierra, lo signo y firmo en estas cuatro hojas [...] que está pendiente de ella del papel del sello cuarto, y el intermedio común, en la villa de Iscar a tres días del mes de julio de 1741. En testimonio de verdad, Manuel Hernanz Salamanque.

APÉNDICE DOCUMENTAL 23.

Notificación. Archivo Histórico Provincial de Segovia, J- 1027/25.

El día veintitrés de dicho mes y año, pasando yo el escribano (por) cuarta vez a notificar la petición y auto precedente y a encargar los Diez Días de la Ley, al expresado Lázaro de Blas, le hallé en el camino frente a las viñas del Porrillo que venía a esta villa donde le hice dicha notificación y encargo en su persona. Doy fe.

Félix de Benito Salazar.

APÉNDICE DOCUMENTAL 24.

Constancia. Chancillería de Valladolid. Pérez Alonso, 2791-2.

Doy fe que en este día trece de mayo del año de mil setecientos y sesenta y ocho de la parte de Diego Cabrero el testimonio que se manda por el proveido antecedente en cinco hojas del sello

cuarto de a veinte, y para qué conste lo pongo por diligencia que firmé. Hospedal.

APÉNDICE DOCUMENTAL 25

Embargo. Chancillería de Valladolid. Pérez Alonso, 2582-6.

En la ciudad de Salamanca a doce de enero de mil setecientos y quince años, yo Felipe

de Carrión, Alguacil del número de dicha ciudad, en cumplimiento del mandamiento de ejecución de esta otra parte, y por la cantidad de principal y costas, la hice y trabe en las personas de Antonio de Avila y Coca y José de Coca Cerero, vecinos de dicha ciudad, y en las capas de año fino que tenían puestas, en voz y en nombre de todos los demás sus bienes, y con protesta de mejorar cada y cuando que convenga, y por laparte me fueron señalados bienes. Y para que conste, lo pongo por diligencia y lo firmé. Felipe de Carrión.

APÉNDICE DOCUMENTAL 26.

Real provisión para prueba de testigos. Chancillería de Valladolid. Pérez Alonso, 3558-1.

Que se junte con *el por Vos nombrado* para que por ante ambos a dos pase y se haga la dicha probanza, y no le nombrando dentro del citado término, mandamos pase y se haga por ante el solo por Vos nombrado, la cual valga y haga tanta fé y prueba como si por ante ambos pasara y se hiciera, los cuales sean del Número de la tal citada ciudad, villa o lugar donde la dicha probanza se hubiera de hacer, y a falta de ellos, de los que con Vos asisten a librar en vuestras audiencias y juzgados.

APÉNDICE DOCUMENTAL 27

Preguntas generales de la ley. Chancillería de Valladolid. Pérez Alonso, 2987-2

A la primera pregunta y Generales de la Ley, dijo: conoce a las partes que litigan de quienes no es pariente, amigo íntimo, ni enemigo capital.

A la primera pregunta dijo: conoce a las partes que litigan, sabe sobre qué se trata, y en este pleito no le va interés, ni es pariente, amigo ni enemigo de ninguna de las partes, ni le tocan, ni comprenden las demás Generales de la Ley, que le fueron hechas, y que es de edad de cuarenta y siete años, más o menos.

APÉNDICE DOCUMENTAL 28.

Proveido. Chancillería de Valladolid. Pérez Alonso, 3783-4.

Por presentada con las tres escrituras de venta que menciona, y fenecido este pleito se devuelven como se pide, y sin perjuicio del estado y naturaleza de la causa, se da traslado a la parte actora para que diga y alegue lo que en su derecho convenga; y en cuanto al otro si se le notifique a los vendedores si fuesen vivos, para que dentro de los tres primeros días siguientes al de la notificación respondan de evicción y salgan a la voz y defensa de este pleito.

Por presentada con el poder que se refiere, encárguense los Diez Días de la Ley a Lázaro de Blas y por retardado se vuelvan a encargar a esta parte y a Cayetano de Prado como se pide, presente en autos al poder que a otorgado a su Procurador, con apercibimiento, y se entreguen a esta parte por el término ordinario. Así lo mandó y firmó el Sr. Antonio Aparicio Alcalde Ordinario por el Estado General de esta villa de Iscar y su tierra el día cinco de junio de mil setecientos cincuenta, de que yo el Escribano doy fe.

APÉNDICE DOCUMENTAL 29.

Auto definitivo. Chancillería de Valladolid. Pérez Alonso, 3783-4.

En el pleito y causa ejecutiva que ha sido y pende entre partes, de la una actor ejecutante D. José del Cano, presbítero vicario de esta villa, y capellán de la que en la Iglesia del lugar de Cojeres de esta jurisdicción fundó Juan de Villa Real, y Manuel Martín González procurador en su nombre, de la otra ejecutados, Cayetano de Prado como conjunto de José Gomez [...], como poseedores y tenedores de algunas de las hipotecas del censo que está por cabeza de estos autos, y Manuel de la [...] procurador en nombre de dicho Cayetano, sobre la paga de 24 ducados de vellón, réditos caídos del precitado censo que está por cabeza, su décima y costas, y sobre el reconocimiento del censo: Vistos los autos por el Señor Antonio Aparicio, alcalde ordinario de la villa de Iscar y su tierra, en ella a veintiocho de enero de 1751, por ante mi el

escribano, y con acuerdo del infraescrito asesor: Dijo: declaraba y declaro haber habido lugar a la ejecución pedida por D. José Cano y por los expresados ducados, en cuya consecuencia mandaba y mandó avivar la voz en el cuatro pregón, seguir por dicha ejecución adelante, haciendo trance y remate en los bienes ejecutados y demás que parezcan ser de los mencionados Cayetano de Prado y Lázaro de Blas, hasta el efectivo pago de la predicha cantidad, su décima y costas, en que condenaba y condeno a los predichos Cayetano y Lázaro; con que primero se de por el ejecutante la fianza de la ley de Toledo; y mandaba y mando que los referidos Cayetano y Lázaro dentro de nueve días reconozcan dicho censo, y no lo haciendo a ello se les apren-úe, usando de esta acción dicho José del Cano contra los demás que haga ver ser tenedores de las demás hipotecas; y respecto de la dimisión hecha por Lázaro de Blas de la hipoteca que posee, haciendo constar en el término señalado ser tercero poseedor, no se entenderán con él los apremios al reconocimiento. Y por este su auto, definitivamente juzgando, así lo proveyó y firmó su merced.

APÉNDICE DOCUMENTAL 30.

Sentencia de instancia. Chancillería de Valladolid. Pérez Alonso, 2792-3

En el pleyto y *causa* que pende en este Tribunal entre partes, de la una Juan Blanco, actor demandante, y de la otra Pedro Prieto demandando, sobre pertenencia de una parte de Molino harinero sito en el río Celtos, en donde dicen la Cotorra, el cual ha estado gozando y poseyendo por suyo propio el referido Pedro, de muchos años a esta parte, con lo demás resultante de autos,= Vistos= Fallo atento a sus méritos, a que en los necesario me refiero, que debo declarar y declaro que la parte de Pedro Prieto, ha probado en bastante jigrma cuanto ha convenido, lo que no se ha practicado por la de dicho Juan Blanco, como así lo declaro, en cuya consecuencia, administrando Justicia, debo declarar y declaro que elpreciado molino, sobre el que se ha suscitado este pleito, toca y pertenece al referido Pedro Prieto, en cuya posesión le debo mantener y amparar, sin que en ella se le inquiete ni perturbe por persona alguna; pena de cincuenta ducados aplicados a disposición de los Señores de la Real Chancillería de Valladolid, y de proceder a lo demás que hubiese lugar, pues por esta mi sentencia definitivamente juzgando, sin hacer especial condenación en costas sino en que cada parte pague las suyas y comunes por

mitad, así lo pronuncio mando y firmo.

Dada y pronunciada fue la sentencia de arriba por el señor Licenciado D. Pedro Herrera, Abogado de los Reales Consejos, Alcalde Mayor en Villa Vieja a doce de Diciembre de 1766, y por mi el Escribano mandó se guarde y cumpla lo en ella contenido

[...].

APÉNDICE DOCUMENTAL 31.

Petición apelando. Chancillería de Valladolid. Pérez Alonso, 3581-3.

Carlos Diego, en nombre y a virtud del poder a mí favor sustituido del P. Abad y monjes del Real Monasterio de San Zoilo, extramuros de la villa de Carrión: en el expediente ejecutivo a instancia de mi parte, contra Blas Vazquez de esta vecindad sobre que se le compela al cumplimiento de la contrata que se halla por cabeza del proceso, con los demás deducido y contenido en autos, y a que enteramente me refiero: se me ha notificado el proveído con fuerza de definitivo por el que se declara no haber lugar a la reposición del asesoramiento de veintidos de junio pasado de este años, absolviendo al ejecutado Vazquez de la obligación ad factum y demanda ejecutiva en su razón promovida, y que la parte del Monasterio, por lo demás que comprende su demanda y reservas hechas, use de su derecho como le convenga en distinto juicio,

según que más de por menor resultará de la citada determinación, a que en todo me remito; de la cual declaración y absolución, como gravosas y perjudiciales al derecho de la comunidad de mi parte, salvo el recurso de nulidad y otro debido, atentamente hablando, apelo para ante S.M. y señores Presidente y Oidores de la Chancillería de Valladolid y para ante quien con arreglo a dere-

cho puedo y debo, en cuya atención y la de estar dentro del término legal de cinco días prescrito

para interponer las apelaciones de los autos definitivos o interlocutorios con fuerza de tales, a V

Pido y suplico se sirva admitir al Real Monasterio, mi parte, la referida apelación que a su nombre llevo interpuesta en tiempo y forma legal, lisa y llanamente en ambos efectos, mandando en su consecuencia que se provea del testimonio conducente para su mejora, en dicho tribunal

Balenciana, sus hijos legítimos y de Francisca Prieto su difunda mujer; viuda, hijos, yernos y nietos de dicho Pedro

Prieto difunto, y Felipe Arenillas su procurador, de la otra. Fallamos que el licenciado Don Pedro Herrera, Abogado de los Reales Consejos, Alcalde Mayor de dicha villa de Villavieja que de este dicho pleito y causa conoció, en la sentencia definitiva que dió y pronunció en doce de diciembre del año pasado de mil setecientos sesenta y seis, de que por parte del referido Juan Blanco vino apelado, juzgó y pronunció bien, por ende, debemos de confirmar y confirmamos su juicio y sentencia de dicho Alcalde Mayor, en todo y por todo, según y como en ella se contiene, la cual mandamos sea llevada a pura y debida ejecución con efecto, y no hacemos condenación de costas, y por estar nuestra sentencia definitiva, así lo pronunciamos y mandamos, y que se ejecute sin embargo de cualquiera suplicación que de ella se interponga.